Die geographischen Herkunftsangaben

Inauguraldissertation

zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris
der Rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Bern

vorgelegt von

Erwin Maurice Lustenberger
von Sursee LU

1972
Druck und Verlag Gut-Druck AG, Cham

Die geographischen Herkunftsangaben

Inauguraldissertation

zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris
der Rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Bern

vorgelegt von

Erwin Maurice Lustenberger
von Sursee LU

1972
Druck und Verlag Gut-Druck AG, Cham

Die Fakultät hat diese Arbeit am 16. Dezember 1971 auf Antrag von Prof. Dr. iur. Max Kummer als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung nehmen zu wollen.

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Herrn Prof. Dr. iur. Max Kummer
spreche ich meinen Dank aus für das Interesse, das er meiner Arbeit entgegengebracht hat.

Danken möchte ich auch all jenen,
die mir bereitwillig die zur Bearbeitung des Themas benötigten Auskünfte erteilten und Informationsmaterial zur Verfügung stellten, so dass ich meine Ausführungen auf konkrete Beispiele stützen konnte.

Das Manuskript war im wesentlichen Ende 1970 abgeschlossen.

MEINEN ELTERN

QUELLENVERZEICHNIS

Im vorliegenden Verzeichnis wird nur das wesentliche Schrifttum aufgeführt; die Literaturangaben über die andern berücksichtigten Arbeiten werden an Ort und Stelle gemacht.

Baumann, F., Das schweizerische Ursprungszeichen, Diss. Bern 1953, Abhandlungen zum schweizerischen Recht NF Nr. 305.

Baumbach, A. und *Hefermehl*, W., Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 2 Bde., Bd. I Wettbewerbsrecht, 9. A., München und Berlin 1964; Bd. II Warenzeichenrecht, 10. A., München 1969.

Beier, F.-K., Der Schutz geographischer Herkunftsangaben in Deutschland, GRUR 1963 S. 169 ff. und 236 ff.

Böhler, E., Nationalökonomie, Grundlagen und Grundlehren, 4. A., Zürich 1960.

Bretscher, J., Der Schutz geographischer Herkunftsbezeichnungen, Diss. Zürich 1931.

von Büren, B., Kommentar zum Bundesgesetz über den unlautern Wettbewerb vom 30. September 1943, Zürich 1957.

Bussmann, K., Herkunftsangabe oder Gattungsbezeichnung, GRUR 1965 S. 281 ff.

Christian, R., Herkunftsangaben und Ursprungsbezeichnungen, GRUR Ausl. 1957 S. 478 ff.

David, H., Kommentar zum Schweizerischen Markenschutzgesetz, 2. A., Basel 1960.

Egger, A., Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. I Einleitung und Personenrecht, 2. A., Zürich 1930.

Fikentscher, W., Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, München und Berlin 1958.

Geisser, T., Die Weinbezeichnungen nach schweizerischem, österreichischem, italienischem, französischem und deutschem Recht, Diss. Fribourg, Bern 1968.

De Gottrau, B., Du droit aux indications de provenance et spécialement à l'appellation «Gruyère», Diss. Fribourg, Paris 1935.

Guldener, M., Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. A., Zürich 1958.

Hammann, C. A., Über die Eintragungsfähigkeit geographischer Bezeichnungen, GRUR 1961 S. 7 ff.

Hauser, M., Die Inzidenz der Publikumsinteressen auf Wesen und Umfang des Markenrechts, Diss. Zürich 1966.

His, E., Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, Bd. VII Handelsregister, Geschäftsfirmen und kaufmännische Buchführung, Art. 927—964, Bern 1940.

König, R., Soziologie, Das Fischer Lexikon, Fischer Bücherei, Frankfurt am Main 1958.

Krneta, G., Wesen, Inhaber und Übertragung der Kollektivmarke, Winterthur 1961.

Kummer, M., Anwendungsbereich und Schutzgut der privatrechtlichen Rechtssätze gegen unlautern und gegen freiheitsbeschränkenden Wettbewerb, Bern 1960, Abhandlungen zum schweizerischen Recht NF Nr. 338, zitiert: Kummer (und Seite).

———— Das Klagerecht und die materielle Rechtskraft im schweizerischen Recht, Bern 1954, Abhandlungen zum schweizerischen Recht NF Nr. 311, zitiert: Kummer Das Klagerecht (und Seite).

Küng, E., Der Mensch in der modernen Wirtschaft, II. Die psychologischen Faktoren, NZZ vom 8. April 1960 Nr. 1202 Blatt 16.

Martin-Achard, E., La nationalité suisse de la montre, Semjud 1959 S. 145 ff.

Matter, E., Kommentar zum Bundesgesetz betreffend den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken, der Herkunftsbezeichnungen von Waren und der gewerblichen Auszeichnungen, Zürich 1939.

Merz, H., Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Bd. I Einleitung, Erläuterungen zu Art. 2 ZGB, Bern 1962.

Moser v. Filseck, R., Der Schutz geographischer Herkunftsbezeichnungen als internationale Aufgabe, MA 1955 S. 191 ff.

Pointet, P. J., Der Schutz der Marke, Vorschläge zur Revision des schweizerischen Bundesgesetzes über Fabrik- und Handelsmarken, GRUR Ausl. 1964 S. 1 ff., 72 ff., 132 ff.

Raissig, W., Das Schweizer Produkt, die wirtschaftliche und rechtliche Bedeutung des nationalen Ursprungshinweises, Zürich 1939.

Roubier, P., Le droit de la propriété industrielle, Bd. 2, Paris 1954.

Schluep, W. R., Das Markenrecht als subjektives Recht, Basel 1964, Studien zum Immaterialgüterrecht Vol. 5.

Troller, A., Immaterialgüterrecht, 2 Bde., Basel und Stuttgart,
Bd. I, 2. A. 1968, zitiert: Troller I (und Seite);
Bd. II, 1. A. 1962, zitiert: Troller II (und Seite).

———— Die mehrseitigen völkerrechtlichen Verträge im internationalen gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, Basel 1965, Studien zum Immaterialgüterrecht Vol. 6, zitiert: Troller Mehrseitige Verträge (und Seite).

ABKÜRZUNGEN

AS	Eidgenössische Gesetzessammlung; offizieller Titel seit 1948: Sammlung der eidgenössischen Gesetze
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, Amtliche Sammlung
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
Bl	Blatt für Patent-, Muster- und Zeichenwesen (München)
BS	Bereinigte Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen 1848—1947
BlZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Zeitschrift der deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (Weinheim/Bergstrasse)
GRUR Ausl.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Auslands- und Internationaler Teil
HRegV	Verordnung über das Handelsregister vom 7. Juni 1937 (Handelsregisterverordnung)
LNN	Luzerner Neueste Nachrichten
LUA	Lissaboner Abkommen über den Schutz von Ursprungsbezeichnungen und ihre internationale Registrierung vom 31. Oktober 1958
MA	Der Markenartikel (München)
MHA	Madrider Abkommen vom 14. April 1891 über die Unterdrückung falscher Herkunftsangaben auf Waren, revidiert in Washington am 2. Juni 1911, Im Haag am 6. November 1925, in London am 2. Juni 1934 und in Lissabon am 31. Oktober 1958, ergänzt in Stockholm am 14. Juli 1967
MSchG	Bundesgesetz betreffend den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken, der Herkunftsbezeichnungen von Waren und der gewerblichen Auszeichnungen (Markenschutzgesetz) vom 26. September 1890 mit Abänderungen u. a. vom 22. Juni 1939
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OR	Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 30. März 1911 / 18. Dezember 1936
PVUe	Pariser Verbandsübereinkunft vom 20. März 1883 zum Schutze des gewerblichen Eigentums, revidiert in Brüssel am 14. Dezember 1900, in Washington am 2. Juni 1911, Im Haag am 6. November 1925, in London am 2. Juni 1934, in Lissabon am 31. Oktober 1958 und in Stockholm am 14. Juli 1967
Semjud	La Semaine Judiciaire (Genf)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
StenBull NR	Amtliches stenographisches Bulletin der Bundesversammlung, Nationalrat

UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb vom 30. September 1943
DUWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7. Juni 1909 (Bundesrepublik Deutschland)
WSG	Bundesgesetz zum Schutz öffentlicher Wappen und anderer öffentlicher Zeichen vom 5. Juni 1931 (Wappenschutzgesetz)
WZG	Warenzeichengesetz vom 5. Mai 1936 (Bundesrepublik Deutschland)
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis (Frankfurt am Main)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907

INHALTSVERZEICHNIS

Quellenverzeichnis V
Abkürzungen VII
Einleitung 1

Erster Teil

Die geographische Herkunftsbezeichnung

§ 1. Die geographische Herkunftsbezeichnung als Warenkennzeichentyp . 3
§ 2. Der geographische Name als Zeichenmittel 4
§ 3. Die Bedeutung des geographischen Herkunftshinweises 5
I. Hinweis auf ein bestimmtes Herkunftsgebiet 5
1. Gebietsgrenze im allgemeinen 5
2. Ausnahmen 6
A) Bei Produkten aus Naturvorkommen 6
B) Bei unangefochtener Übung 7
C) Bei anderem Postdomizil oder anderem Bahnanschlussort 7
II. Hinweis auf den Vertriebsort der Ware 8
III. Hinweis auf den Produktionsort der Ware 8
1. Hinweisbedeutung bei «reinen Naturerzeugnissen» . . . 9
2. Hinweisbedeutung und Herkunftsproblem bei den übrigen Produkten 9
A) Hinweis auf einen der mehreren «Ortsproduzenten» . . 9
B) Hinweis auf den «Hauptproduzenten» 9
C) Lösung des Herkunftsproblems in der Lehre 10
a) Kriterien für die aus Naturstoffen hergestellten Erzeugnisse 11
b) Kriterien für handwerkliche und industrielle Erzeugnisse 14
D) Eigener Lösungsvorschlag 18
a) Interessenlage des Produzenten als Ausgangspunkt . . 18
b) Folgerung 19
E) Grundsatz 20
F) Ausnahmen 21
a) Ausnahmeregel beim qualitätsbestimmenden Naturstoff 21
b) Ausnahmeregel bei der qualitätsbestimmenden Produktionsphase 22
c) Ausnahmeregel bei einer traditionellen Produktionsphase 22
IV. Der Wirtschaftsraumhinweis 23
1. Allgemeines 23
2. Herkunftskriterien 23
A) Grundsatz 23
B) Abgrenzung des Grundsatzes 24
C) Bedeutung weiterer Kriterien 25

a) die Benutzung ausländischer Patente oder ähnlicher ausländischer Immaterialgüter 25
b) Auslandsabhängigkeit des Produzenten 26
3. Insbesondere die Herkunft des «Schweizer Produkts» . . . 27
A) Sonderkriterien der «Zentralkommission» und ihres Anhangs 27
B) Bedeutung der Sonderkriterien 28
4. Schutz der Wirtschaftsraumhinweise 29
A) Schutz nach innen 29
B) Schutz nach aussen 30

§ 4. Der Qualitätshinweis der geographischen Herkunftsbezeichnung . . 31
I. Vorbemerkung 31
II. Allgemeiner und besonderer Qualitätshinweis 33
III. Das kennzeichnungswürdige Produkt 35
IV. Ermittlung des verbindlichen Qualitätsstandes 35
1. Bestimmungsmethoden 35
2. Qualitätsnormen 36
V. Schutz der Qualitätsfunktion 37
1. Bedeutung 37
2. Kritik am gegenwärtigen Schutz 39
3. Verbesserungsmöglichkeiten 40
A) Eingriff ins Prozessrecht 40
B) Gesetzliche Festlegung der Kriterien 41
C) Privatwirtschaftliche Lösung 42
4. Internationale Bedeutung einer Schutzänderung 43

§ 5. Herkunftsbezeichnung und Gattungsangabe 43
I. Die Bedeutung von Art. 20 MSchG 43
II. Zum Nachweis des Bedeutungswandels 45
III. Rückbildung zur Herkunftsangabe 46
1. Interessenlage 46
A) Nach der Regel des Markenrechts 46
B) Besondere Lage bei den Herkunftsbezeichnungen . . . 46
2. Würdigung der Interessenlage in der deutschen Praxis . . 48
3. Würdigung der Interessenlage in der deutschen Lehre . . . 49
4. Lösung im einheimischen Recht 49
IV. Besondere Sachlage bei nationalen Herkunftsbezeichnungen . . 50

§ 6. Die dogmatische Gestaltung des Zeichenschutzes 51
I. Nach Auffassung der Doktrin 51
1. Die Argumente im allgemeinen 52
2. Die nach Art. 27 Ziff. 2 lit. a MSchG Klageberechtigten im besonderen 53
A) Zur Lehre 54
B) Die Londoner Revision von Art. 10 Abs. 2 PVUe . . . 55
C) Was ergibt die Auslegung von Art. 27 Ziff. 2 lit. a tatsächlich? 56

II. Subjektives Recht als Schutzgut 56
1. Die Merkmale des subjektiven Rechts im allgemeinen . . . 57
2. Die Merkmale des subjektiven Rechts in Art. 18 ff. MSchG . 57
3. Das Schutzgut 59
III. Der Schutz des getäuschten Käufers 59

Zweiter Teil

Die geographischen Herkunftsangaben

§ 7. Die Vorphase der geographischen Herkunftsbezeichnung 60
I. Einleitung 60
II. Keine Markenfähigkeit bereits benutzter Herkunftsangaben . . 61
III. Verwendung des geographischen Namens als Herkunftsangabe und Marke 63
1. Beurteilung der Namenskonkurrenz in der Judikatur bis BGE 55 I 262 ff. 63
A) Die Rechtsprechung ab BGE 43 II 93 ff. 63
B) Die Rechtsprechung in BGE 36 II 68 ff. und BGE 40 II 601 ff. 65
2. Wertungsänderung in der Judikatur ab BGE 55 I 262 ff. . . 66
3. Noch erlaubte Namenskonkurrenz 67
A) Zur Judikatur 67
a) Markenmässiger Mitgebrauch 67
b) Kein werbemässiger Mitgebrauch 70
B) Zur Doktrin 71
a) Uneinheitliche Auffassungen im allgemeinen . . . 71
b) Sonderregel für Naturprodukte 72
§ 8. Das Freihaltebedürfnis der ortsansässigen Unternehmen 74
I. Bedeutung des Freihaltebedürfnisses 74
II. Schutz nach innen 75
1. Freihalteforderungen im einzelnen 75
2. Notwendiger Mitgebrauch und Publikumstäuschung . . . 76
III. Schutz nach aussen 77
1. Grundsatz 77
2. Sonderregel für die «geographischen Phantasiebezeichnungen» 78
3. Ausnahmen 78
4. Freihaltebedürfnis und Schutz des Publikums vor Täuschungen 78
5. Zur Judikatur 79
IV. Wann liegt ein Freihaltebedürfnis vor? 80
§ 9. Das ideelle Interesse der Ortsbevölkerung am Ortsnamen . . . 81
I. Interessegehalt 81
II. Interesseverletzung 83
1. Verletzung durch Ortsfremde 83
2. Verletzung durch Ortsangehörige 85

EINLEITUNG

Zurzeit wird das Markenschutzgesetz revidiert. In einem späteren Zeitpunkt soll auch der Schutz der geographischen Herkunftsbezeichnungen in den Artikeln 18—20 MSchG neu gestaltet werden. Im Hinblick darauf versucht die vorliegende Arbeit, die Probleme, die sich beim Gebrauch geographischer Herkunftsangaben zur gewerblichen Kennzeichnung von Waren ergeben, neu zu überdenken und Lösungen vorzuschlagen.

Die Regelung in den Artikeln 18 ff. MSchG bezieht sich auf eine besondere Art geographischer Herkunftsangaben, nämlich auf die sogenannten Herkunftsbezeichnungen. Es handelt sich hier um Zeichen[1], die nicht nur — wie alle geographischen Herkunftsangaben — auf die örtliche Herkunft des gekennzeichneten Produkts hinweisen, sondern ihm auch «seinen Ruf geben» oder, was das gleiche bedeutet, ihm eine geschätzte Qualität bescheinigen (§§ 1 und 2, S. 3 ff.). Zu den Problemen, die hier zu erörtern sind, gehört einmal die Frage, wie das Produkt mit dem genannten Herkunftsort verbunden sein muss, damit der Herkunftshinweis des Zeichens zutrifft. Die Untersuchung des Problems geht von den Herkunftskriterien der herrschenden Lehre aus: Sie werden auf ihre praktische Anwendbarkeit hin überprüft (§ 3, S. 10 ff.). Gestützt auf die hierbei ermittelten Ergebnisse werden eigene Kriterien entwickelt (§ 3, S. 18 ff., 23 ff.). Anschliessend wird die Frage untersucht, inwieweit eine geographische Herkunftsbezeichnung — d. h. eine Herkunftsangabe mit zusätzlichem Hinweis auf die Qualität des Erzeugnisses — diese Qualität garantiert. Es wird erörtert, was die Herkunftsbezeichnung über die Qualität des Produkts grundsätzlich aussagen kann (§ 4, S. 31—34) und welche Anforderungen an die Qualität des gekennzeichneten Produkts gestellt werden können (§ 4, S. 35 ff.). Schliesslich wird ausgeführt, wie de lege ferenda die Garantiefunktion des Zeichens am zweckmässigsten gesichert wird (§ 4, S. 40 ff.).

Ferner befasst sich die Arbeit mit den sogenannten Gattungsbezeichnungen. Es handelt sich dabei um Bezeichnungen, die nicht mehr auf die geographische Herkunft des Produkts hinweisen, sondern zu Namen von Warengattungen und Warensorten entartet sind. Hier wird zunächst erörtert, wann eine solche Entartung anerkannt werden muss (§ 5, S. 43 ff.) und wann anderseits eine Gattungsangabe wieder zur gültigen Herkunftsbezeichnung geworden ist (§ 5, S. 46 ff.). Zum Schluss des ersten Teils wird zur Kontroverse Stellung genommen, wie der gesetzliche Schutz der Interessen, die bei den Benutzern geographischer Herkunftsbezeichnungen vorliegen, dogmatisch zu würdigen ist (§ 6, S. 51 ff.).

[1] Für «geographische Herkunftsbezeichnung» wird im folgenden auch der kurze Ausdruck «Zeichen» benutzt.

Der zweite Teil der Arbeit handelt von den geographischen Herkunftsangaben schlechthin. Die Untersuchung der hier zu erörternden Probleme geht von der — der gesetzlichen Regelung (Art. 18 ff. MSchG) nicht unterstellten — Vorphase der Herkunftsbezeichnung aus. Es ist dies die Phase, in der sich die Eigenschaft des Zeichens, «dem Erzeugnis seinen Ruf zu geben», erst bildet. Es wird abgeklärt, unter welchen Voraussetzungen sich eine blosse Herkunftsangabe zu der im Gesetz geregelten Herkunftsbezeichnung entwickeln kann (§ 7, S. 60 ff.). Dabei stösst die Untersuchung auf jene Praxis, die einzelnen Gewerbetreibenden ein besonders intensives Gebrauchsrecht an geographischen Namen zubilligt (§ 7, S. 65 ff.). Dieses Gebrauchsrecht erweist sich dann als problematisch, wenn es mit dem Gebrauchsbedürfnis anderer Gewerbetreibender konkurriert, die im nämlichen Ort gleichartige oder ähnliche Waren herstellen oder mit solchen Waren Handel treiben. Die Arbeit klärt zunächst die Bedeutung dieses allgemeinen Bedürfnisses ab und erörtert dann die Frage, wieweit es für jene Bevorzugung einzelner noch Raum lässt (§ 8, S. 74 ff.). Abschliessend wird ein ideelles Interesse untersucht, das durch den Gebrauch geographischer Namen als Warenkennzeichen berührt wird. Da sich dieses Interesse als schutzwürdig erweist, wird gezeigt, wie hier ein Interesseschutz ausfällt und inwieweit er auch verwirklicht werden kann (§ 9, S. 81 ff.).

ERSTER TEIL

Die geographische Herkunftsbezeichnung

§ 1. DIE GEOGRAPHISCHE HERKUNFTSBEZEICHNUNG ALS WARENKENNZEICHENTYP

Die geographische Herkunftsbezeichnung nach Art. 18 MSchG gehört wie die Marke zu den Warenkennzeichen. Als Warenkennzeichen hat sie die Aufgabe, eine auf dem Markt angebotene Ware von gleichartigen oder ähnlichen Produkten zu unterscheiden[2]. Dadurch erfüllt sie in einem marktwirtschaftlich organisierten Warenaustausch, wie er in unserem Land besteht, eine Doppelfunktion:

1. Den Fabrikanten, Produzenten oder Kaufmann[3], der die Herkunftsbezeichnung als Warenkennzeichen benutzt, unterstützt sie beim Aufbau solcher Kundenbeziehungen, die einen planmässigen Absatz seiner Waren auf dem Markt ermöglichen[4]. In dieser Eigenschaft dient sie jedoch zum Unterschied von der Fabrik- und Handelsmarke nicht nur einem einzelnen Gewerbetreibenden. Sie dient mehreren Unternehmern, die alle im genannten Ort ansässig sind und gleichartige Erzeugnisse herstellen oder mit gleichartigen Erzeugnissen Handel treiben. Die geographische Herkunftsbezeichnung hebt somit nicht nur die Waren eines einzelnen Gewerbetreibenden von den Konkurrenzprodukten ab, sondern die Waren mehrerer Gewerbetreibender.

2. Die geographische Herkunftsbezeichnung richtet sich in erster Linie an die Konsumenten, die zur Deckung ihrer Bedürfnisse passende Waren suchen. Sie richtet sich aber auch an die Händler, die den Konsumenten Waren vermitteln und dazu die geeigneten Waren erst finden müssen. Bei dieser Suche hilft sie Konsumenten und Händlern[5], ein schon bekanntes Produkt unter gleichartigen oder ähnlichen Waren zu erkennen. Ihre hiefür notwendige Unterscheidungskraft schöpft sie aus ihrem Herkunftshinweis, der sich, anders als bei der Fabrik- und Handelsmarke, nicht auf einen Gewerbetreibenden allein, sondern auf mehrere Gewerbetreibende eines bestimmten geographischen Bezirks bezieht. Der entscheidende Dienst, den

[2] Vgl. TROLLER I S. 377.

[3] Sie werden im folgenden auch als «Gewerbetreibende», «Unternehmer», gegebenenfalls als «Wettbewerber» oder «Konkurrenten» bezeichnet.

[4] Zur Funktion der Marke vgl. FIKENTSCHER S. 140 f.

[5] Konsumenten und Händler werden im folgenden auch als «Publikum» bezeichnet. Vgl. zu diesem Begriff HAUSER S. 35 ff.

dieser Herkunftshinweis dem Publikum leistet, besteht jedoch darin, daran zu erinnern, dass die so herausgehobenen Produkte eine bestimmte Brauchbarkeit oder Qualität besitzen[6]. Das Gesetz umschreibt dies in Art. 18 Abs. 1 MSchG mit den Worten, das Zeichen gebe einem Erzeugnis seinen Ruf.

Zwischen beiden Funktionen besteht eine Abhängigkeit in dem Sinne, dass das Zeichen den Gewerbetreibenden nur dann in einen nützlichen, d. h. dem Absatz seiner Produkte förderlichen Kontakt mit dem Publikum bringt, wenn dieses dem Wegweiserdienst des Zeichens vertraut. Voraussetzung dazu ist, dass das Zeichen zutreffende Hinweise auf die geographische Herkunft und auf die Qualität der Erzeugnisse gibt. — Dieser Zusammenhang der Funktionen zeigt, wo eine Regelung der geographischen Herkunftsbezeichnungen ansetzen muss. Sie hat in erster Linie festzulegen, was der Herkunfts- und der Qualitätshinweis im einzelnen bedeutet. Dann wird sie die Bedingungen umschreiben, die das Erzeugnis erfüllen muss, damit es beiden Hinweisen gerecht wird. — Wer nun in dieser Erwartung an die Regelung in Art. 18 ff. MSchG herantritt, wird enttäuscht: Das Herkunfts- und das Qualitätsproblem löst sie eben nicht. Deshalb soll nach der Erörterung einiger Vorfragen versucht werden, eine Lösung nachzuholen. Dabei werden Hinweise auf das Markenrecht als Recht des gebräuchlicheren Schwesterzeichens (Marke) da und dort nützlich sein.

§ 2. DER GEOGRAPHISCHE NAME ALS ZEICHENMITTEL

Zeichenmittel der geographischen Herkunftsbezeichnung ist nach Art. 18 Abs. 1 MSchG der «Name» eines geographischen Bezirks[7]. «Name» in diesem Sinn ist vor allem einmal die im amtlichen und im privaten Verkehr benutzte Bezeichnung eines Bezirks. Sinn und Zweck der Regelung von Art. 18 ff. MSchG lassen aber ohne weiteres eine extensive Auslegung des Begriffs «geographischer Name» zu; er umfasst die historische Bezeichnung ebenso wie den Namen, den der Bezirk in irgendeiner toten oder lebendigen Sprache besitzt, beispielsweise Helvetia, Schweiz, Swiss, Suisse; Basel, Bâle, Basilea. Es kann aber auch die Bezeichnung sein, die man im Volksmund für einen geographischen Bezirk benutzt, z. B. Freiamt oder Seeland, sofern sie nicht nur eine Modeerscheinung ist.

Als Namen, die Herkunftsbezeichnungen im Sinne des Gesetzes sein können, werden in Art. 18 Abs. 1 MSchG die Namen von Städten, Ort-

[6] Unter «Qualität» wird im folgenden die Eignung des Produkts verstanden, Bedürfnisse des Publikums in einer bestimmten Art und Weise (befriedigend, weil . . .; gut, weil . . . usw.) zu decken.

[7] Vgl. DAVID S. 244 N4 zu MSchG 18.

schaften, Gegenden und Ländern genannt. Wäre diese Aufzählung abschliessend gemeint, so würden herkunftshinweisend benutzte Namen anderer Bezirke dann eben durch das UWG geschützt. Für eine solche Aufsplitterung des Zeichenschutzes gibt es aber überhaupt keinen Grund. Deshalb darf gelten, dass auch Herkunftsbezeichnungen mit Namen anderer Bezirke und Örtlichkeiten, z. B. von Bergen, Tälern, Landschaften, Kontinenten, ferner mit Namen von Weilern, Dörfern, Strassen usw.[8], unter die Regelung von Art. 18 ff. MSchG fallen[9].

§ 3. DIE BEDEUTUNG DES GEOGRAPHISCHEN HERKUNFTSHINWEISES

I. Hinweis auf ein bestimmtes Herkunftsgebiet

1. Gebietsgrenze im allgemeinen

Die geographische Herkunftsbezeichnung schöpft ihre Individualisierungskraft aus ihrem geographischen Herkunftshinweis. Dieser Hinweis bringt zum Ausdruck, das gekennzeichnete Produkt stamme aus einem *bestimmten,* nämlich dem namentlich genannten Ort oder Gebiet. Bestimmt sind Ort und Gebiet aber nur dann, wenn sie auf der Erdoberfläche lokalisiert sind und in ihrer Ausdehnung feststehen. Der geographische Herkunftshinweis des Zeichens berechtigt somit das Publikum zur Annahme, der genannte Bezirk sei geographisch lokalisiert und stehe in seiner flächenmässigen Ausdehnung fest[10].

Bei der Begrenzung des Herkunftsgebiets kommt den politischen Grenzen eine hervorragende Bedeutung zu. Das Staatsrecht sichert ihnen eine

[8] Vgl. BGE 72 I 240: «Le terme «localité» devant être pris dans son sens le plus étendu (RO 38 II 695)»; RAISSIG S. 115.

[9] Das gilt selbst für die Bezeichnung eines Hauses oder einer Liegenschaft (MATTER S. 190; VON BÜREN S. 90 N 52; TROLLER I S. 378). Voraussetzung dazu ist, dass tatsächlich auch der Name *derselben* Liegenschaft von mehreren Konkurrenzunternehmen benutzt wird, beispielsweise zur Kennzeichnung von Weinen, die aus Trauben desselben Weinguts, derselben Lage usw. hergestellt werden (so in BGE 36 I 722 der Name «Karthause Ittingen»). Werden hingegen gleichlautende Namen verschiedener Liegenschaften oder Örtlichkeiten zur Kennzeichnung von Konkurrenzprodukten benutzt, so liegt ein Fall vor, der nicht unter das MSchG fällt, sondern nach den Regeln des UWG beurteilt werden muss (so in BGE 72 II 380 ff. bei dem als Weinbezeichnung benutzten Namen «Prieuré St-Pierre»).

[10] Vgl. TROLLER, I S. 377 f.: Er spricht vom Hinweis der geographischen Herkunftsbezeichnung auf die Unternehmen eines «geographisch fixierten» Gebiets.

Geltung in den verschiedensten Lebensbereichen, beispielsweise in politischer, fiskalischer und in polizeilicher Hinsicht. Das macht diese Grenzen ganz allgemein bekannt und hat zur Folge, dass es immer Publikumskreise gibt, die wissen, ob dieser oder jener Ort in einem so begrenzten Bezirk, beispielsweise in einem bestimmten Kanton oder in einer bestimmten Gemeinde, liegt oder nicht. Deshalb müssen diese Grenzen grundsätzlich beachtet werden, wenn ein durch sie begrenzter Bezirk als Herkunftsgebiet eines Produkts genannt wird; Täuschungen des Publikums über die geographische Herkunft der so gekennzeichneten Produkte wären sonst die Folge[11].

Auch Orte, deren Ausdehnung nicht durch politische Grenzen festgelegt wird, haben in der Regel feste Grenzen. Diese Grenzen beruhen auf der Überlieferung und sind im Zweifelsfall aus der historischen Entwicklung des betreffenden Gebiets zu ermitteln[12]. Sie haben in erster Linie eigentumsrechtliche Bedeutung. Sie müssen aber auch dann beachtet werden, wenn eine solche Örtlichkeit dem Publikum gegenüber als bestimmter und damit fest begrenzter Herkunftsort eines Produkts bezeichnet wird, da sie eben die einzigen festen Grenzen dieser Örtlichkeiten sind.

2. Ausnahmen

Wenn man vom Falle absieht, dass die Ausdehnung des Herkunftsgebiets durch eine gesetzliche Sonderregelung festgelegt wird[13], stehen drei Fälle im Vordergrund, die Ausnahmen von den erwähnten festen Grenzen rechtfertigen. Diese Ausnahmen sind dann am Platz, wenn das abweichende Gebiet in seiner Ausdehnung wiederum feststeht, so dass es nach wie vor gerechtfertigt ist, dem Publikum ein *bestimmtes* Herkunftsgebiet zu nennen.

A) Bei Produkten aus Naturvorkommen

Es ist der Fall denkbar, dass ein Naturvorkommen, dessen Produkte nach ihrer geographischen Herkunft gekennzeichnet werden, sich in seiner Ausdehnung nicht überall mit den Grenzen des genannten Gebiets deckt.

[11] Anders DAVID S. 247 f. N 12 zu MSchG 18: «Das bekannte Gebiet fällt nicht mit den politischen Grenzen zusammen. Es wird nach rein wirtschaftlichen Gesichtspunkten abgegrenzt. . . . Die Grenzen des bekannten Gebietes hat der Richter von Fall zu Fall festzulegen, falls sie nicht gesetzlich umschrieben sind.»

[12] Vgl. BGE 36 I 720 ff. (722, 725).

[13] Das trifft z. B. beim Herkunftsgebiet des Appenzellerkäses zu; es umfasst gemäss Verfügung des Bundesrates vom 11. 8. 1962 (AS 1962 S. 909 ff., insbesondere S. 914) die Kantone Appenzell beider Rhoden, St. Gallen und Thurgau.

Da aber eine uneinheitliche Kennzeichnung dieser Produkte nicht zweckmässig wäre, sollen auch Erzeugnisse aus jenem Teil des Vorkommens, der ausserhalb des genannten Gebiets liegt, unter der bekannten Herkunftsbezeichnung vertrieben werden dürfen[14].

B) Bei unangefochtener Übung

Eine weitere Ausnahme ist auch dann gerechtfertigt, wenn Konkurrenten aus der Nachbarschaft des genannten Gebiets den Namen schon seit vielen Jahren mitbenutzen, so dass auch sie sich damit einen Goodwill schaffen konnten. Eine solche Ausnahme setzt jedoch voraus, dass das Publikum die Gebrauchsgewohnheit jener benachbarten Unternehmen kennt und deshalb nicht getäuscht wird, wenn diese den Namen mitverwenden[15]. — Das Herkunftsgebiet wird hier um jene Nachbarorte erweitert, in denen der Name unangefochten mitbenutzt wurde.

C) Bei anderem Postdomizil oder anderem Bahnanschlussort

Ein Unternehmen, das sein Postdomizil oder den nächsten Bahnanschluss nicht dort hat, wo sich seine Betriebsstätte befindet, soll den Namen des Postdomizils oder des Bahnanschlussorts als Herkunftsbezeichnung verwenden dürfen[16]. Das gebietet die Zweckmässigkeit, da das Unternehmen ohnehin beide Ortsangaben im gewerblichen Verkehr verwenden, insbesondere den Namen des Postdomizils zur geographischen Individualisierung benutzen muss[17].

[14] Vgl. dazu TROLLER I S. 387 (III): «Der Name eines Landes, einer Gegend oder eines Ortes weist in der Regel auf eine bestimmte, durch politische Grenzen individualisierte Fläche hin. ... Oft weisen jedoch benachbarte Gegenden oder Ortschaften dieselben natürlichen und arbeitsmässigen Grundlagen auf, die zum bekannten Namen führten. In diesen Fällen kann die Herkunftsbezeichnung auch für die im benachbarten Gebiet erzeugten gleichwertigen Produkte verwendet werden.»

[15] Eine erst jetzt erhobene Klage der im Herkunftsgebiet ansässigen Unternehmen auf Unterlassung dieses Mitgebrauchs würde gegen Treu und Glauben verstossen, da sie zu spät käme. — Das wäre ein Fall unzulässiger Rechtsausübung im Sinn von Art. 2 ZGB oder der sogenannten Verwirkung (vgl. dazu MERZ N 511 ff. zu ZGB 2; insbesondere zur Verwirkung im Markenrecht vgl. VON BÜREN S. 198—202 N 10—21; HAUSER S. 106 ff.).

[16] Vgl. BAUMBACH-HEFERMEHL I S. 565 N 92 zu DUWG 3.

[17] Zur geographischen Individualisierung des Unternehmens siehe hinten S. 74—76.

In allen Ausnahmefällen muss eine Täuschung des Publikums vermieden werden. Dabei ist die Frage, ob eine Täuschungsgefahr bestehe oder nicht, um so strenger zu prüfen, je bekannter der betreffende Bezirk ist und je eher deshalb auch seine festen Grenzen, wie sie umschrieben wurden, bekannt sind. Das gilt besonders dann, wenn es sich um einen Bezirk mit politischen Grenzen handelt. — Ferner muss der Bezirk in dieser festen Begrenzung immer Schwerpunkt des Herkunftsgebiets bleiben.

II. Hinweis auf den Vertriebsort der Ware

Das Gesetz spricht in Art. 19 MSchG von dem durch die Produktion oder Fabrikation einer bestimmten Ware bekannten Ort, dessen Name in erster Linie von jedem dortigen Fabrikanten oder Produzenten zur Kennzeichnung der Produkte benutzt werden darf. Nicht erwähnt wird der Fall, dass ein Ort auch durch den Vertrieb oder den Versand eines bestimmten Produkts bekannt werden kann, z. B. «Messina» durch den Handel mit Orangen oder «Smyrna» durch den Handel mit Feigen. Dieses Schweigen will aber nicht heissen, dass der Gesetzgeber Herkunftsbezeichnungen mit Hinweis auf den Vertriebs- oder Handelsort für unzulässig hält. Er anerkennt nämlich eine analoge Doppelbedeutung bei der Marke, indem er Marken sowohl mit Hinweis auf das Fabrikationsunternehmen als auch mit Hinweis auf den Handelsbetrieb schützt. Daraus darf geschlossen werden, dass er das Nebeneinander entsprechender Hinweisbedeutungen auch bei den geographischen Herkunftsbezeichnungen billigt und dem Publikum die Fähigkeit zutraut, diese Bedeutungen auseinanderzuhalten und die zutreffende jeweils zu erkennen. Da aber das Publikum normalerweise in der Produktion der Ware die entscheidende Leistung eines Unternehmens erblickt[18], wird es in erster Linie annehmen, das Zeichen weise auf den Produktionsort der Ware hin. Um hier Täuschungen zu vermeiden, empfiehlt es sich, Herkunftsbezeichnungen mit Hinweis auf den Vertriebsort der Ware durch einen klärenden Zusatz erkennbar zu machen, z. B. dem für türkische Feigen benutzten Ortsnamen «Smyrna» beizufügen: «Vertriebsort der Ware» oder ähnlich[19].

III. Hinweis auf den Produktionsort der Ware

Als Herkunftsbezeichnung im Sinne von Art. 18 MSchG steht der Name einer Örtlichkeit im Vordergrund, welche für die Produktion oder Fabrikation einer bestimmten Ware bekannt geworden ist, indem es den Produzenten

[18] Vgl. SCHLUEP S. 341.

[19] Dieser Zusatz kann fein gedruckt werden, ähnlich etwa, wie man es bei dem oft der Marke beigefügten Schutzrechtsvermerk «registered» sieht.

oder Fabrikanten gelungen ist, mit ihren Waren Anerkennung beim Publikum zu finden. Es fragt sich nun, wie die Ware mit diesem Ort verbunden sein muss, damit der Ortsname als Herkunftsbezeichnung im Sinne von Art. 18 MSchG verwendet werden darf.

1. Hinweisbedeutung bei «reinen Naturerzeugnissen»

Über die Beziehung reiner Naturerzeugnisse zum Herkunftsort besteht kein Zweifel; der Herkunftshinweis ist hier eindeutig. Er bringt bei Pflanzen und Früchten zum Ausdruck, diese seien dort gewachsen, und bei Rohstoffen, wie Schwefel, Salpeter, Diamanten usw., sie seien in Minen usw. des genannten Gebiets abgelagert und dann dort geborgen worden.

2. Hinweisbedeutung und Herkunftsproblem bei den übrigen Produkten

A) Hinweis auf einen der mehreren «Ortsproduzenten»

Bei Produkten, die durch menschliche Tätigkeit entstanden sind, tritt der Unternehmer in den Vordergrund, der für diese Arbeit verantwortlich ist. Der Hinweis bringt hier zum Ausdruck, das Produkt stamme von einem der mehreren Produzenten oder Fabrikanten[20], die in dem für die Herstellung solcher Waren bekannten Ort ansässig sind[21]. Diese Hinweisbedeutung wird sehr oft noch dadurch unterstrichen, dass der jeweilige Produzent der geographischen Herkunftsbezeichnung seine Marke beifügt oder seine Marke sonstwie mit der Herkunftsbezeichnung verbindet. Ein Musterbeispiel hiefür geben die Flaschenetiketten des Champagners, auf denen die Herkunftsbezeichnung «Champagne» stets zusammen mit der Marke des Produzenten (Veuve Clicquot, Heidsieck, Krug, Mumm, Lanson usw.) angebracht ist.

B) Hinweis auf den «Hauptproduzenten»

Der Hinweis, die Ware stamme von einem der im genannten Ort ansässigen Produzenten oder Fabrikanten, bedeutet nun aber nicht, dieser Unternehmer habe den gesamten Herstellungsprozess selbst ausgeführt.

[20] Beispielsweise die «Zürcher Seide» als Produkt der R. Brauchbar & Cie. AG, der L. Abraham & Co. Seiden AG, der Seidenwebereien Gebrüder Näf AG, der Stehli Seiden AG, der Setarti AG usw.

[21] Dasselbe dürfte auch TROLLER meinen, der hierzu feststellt (I S. 377 f.), das Zeichen weise nicht auf eine Unternehmung, sondern auf alle Unternehmen eines geographisch fixierten Gebiets hin.

Sonst würden Produktionsverhältnisse vorausgesetzt, die bei der Herstellung der nach Art. 18 MSchG kennzeichenbaren Erzeugnisse nicht typisch sind. Kennzeichenbar sind irgendwelche Erzeugnisse, sofern sie gut sind und damit gemäss Art. 18 Abs. 1 MSchG «Ruf» geniessen können. Massgebend für die Beantwortung der Frage, was der Hinweis auf den «Hauptproduzenten» im einzelnen bedeutet, sind demnach Produktionsverhältnisse, die bei der Herstellung irgendeines guten Erzeugnisses vorliegen[22]. Diese Verhältnisse sind, soweit sie hier interessieren, gekennzeichnet dadurch, dass eine Ware arbeitsteilig hergestellt wird. Arbeitsteilig bedeutet, dass der gesamte Herstellungsprozess nicht mehr allein von einem Unternehmer ausgeführt wird, sondern dass einzelne Phasen oder Teile des Prozesses von verschiedenen Unternehmern verwirklicht werden[23].

Damit stellt sich die Frage, wie der Produzent oder Fabrikant an der Herstellung oder Erzeugung der Ware beteiligt sein muss, damit er den Namen seines Niederlassungsorts als deren Herkunftsort nennen darf. — Die Antwort ergibt sich aus der Behauptung, die der Produzent oder Fabrikant durch diesen Gebrauch der Ortsbezeichnung dem Publikum gegenüber aufstellt: Nämlich seine Leistung stehe über den Leistungen der andern am Herstellungsprozess beteiligten Unternehmen, und er habe das für die Herstellung des Produkts Wesentliche geleistet, sei also «Hauptproduzent» oder «Hauptfabrikant» des Erzeugnisses. Das führt zur Frage hin, was hier das Publikum unter der «wesentlichen Leistung» verstehen kann.

Es ist bereits gesagt worden, dass die geographische Herkunftsbezeichnung dem Publikum den Weg zu passenden Erzeugnissen weise (vorne S. 3 f.). Infolgedessen betrachtet das Publikum den Hinweis auf den «Hauptproduzenten» oder «Hauptfabrikanten» als Hilfe bei dieser Orientierung. Es schliesst aus der Angabe, die Ware stamme von einem im Ort X ansässigen Unternehmer, sie weise gerade dieser Herkunft wegen die geschätzte Beschaffenheit auf. Deshalb nimmt das Publikum an, die Leistung dieses Unternehmers sei entscheidend dafür, dass der Produktionsprozess zum geschätzten Erzeugnis hinführt.

C) Lösung des Herkunftsproblems in der Lehre

Welche Richtlinien nun aus diesem Herkunftshinweis für die Beziehung des Produkts zum Herkunftsort herzuleiten sind, wird im Gesetz nicht gesagt. Deshalb musste die Lehre diese Beziehung regeln. Sie stellt dabei vor allem auf eine Beteiligung am Herstellungsprozess mit Werkzeugen, Maschi-

[22] Vgl. DAVID S. 246 N 8 zu MSchG 18: «Grundsätzlich kann jedes Erzeugnis des Handels einen solchen besonderen Ruf erhalten.»

[23] BÖHLER S. 59 f.: «Die wirtschaftliche Struktur der Gegenwart wird ferner bestimmt durch die Tatsache der Arbeitsteilung oder Spezialisierung, . . .»

nen und Anlagen ab. Sie ist der Meinung, diejenige Beteiligung sei an den Herkunftsort des Produkts gebunden, die dem Produkt zu den vom Publikum geschätzten Eigenschaften verholfen hat[24]. Man räumt jedoch ein, dass diese Auffassung des hier massgebenden Publikums, der Konsumenten[25], sehr oft wechselt oder nicht konkret ist[26]. Es fehlt dann eine einheitliche und aussagekräftige Publikumsauffassung (über bestimmte geschätzte Eigenschaften des Produkts), aus der sich herleiten liesse, welcher Teil des Produktionsprozesses nun an den Herkunftsort der Ware gebunden sei. Aus diesem Grund sah man sich veranlasst, das Problem anderswie zu lösen.

Die meisten Autoren folgen hierbei Bretscher, der das Herkunftsproblem von der Feststellung aus aufgreift, dass die Wertschätzung einer Ware «bald dem Wirken der Naturkräfte, bald der menschlichen Tätigkeit oder vielfach beiden zugleich» zu verdanken sei. Je nach dem Einfluss dieser Faktoren auf die «Qualität», auf die das Erzeugnis «auszeichnenden Eigenschaften» oder auf dessen «Eigenart» regle sich auch die Frage der Beziehung zum Herkunftsort[27], und zwar im wesentlichen wie folgt:

a) Kriterien für die aus Naturstoffen hergestellten Erzeugnisse

aa) Zu dieser Gruppe gehören Produkte wie Weine[28], Käse, Spirituosen. Nach Bretscher muss hier die «Gewinnung der Rohstoffe und Verarbei-

[24] Vgl. BRETSCHER als Begründer dieser Doktrin, S. 42 f.

[25] TROLLER I S. 379.

[26] Vgl. MARTIN-ACHARD, Semjud 1959 S. 162: «Mais comment connaître cette opinion du public? Elle est souvent incertaine, changeante.» Vgl. auch VON BÜREN S. 88 N 47. — Als Beispiel für eine solche Publikumsauffassung vergleiche, wie die Firma Forster Willi & Co., St. Gallen, bekannte Herstellerin von St. Galler Stickereien, in einem Brief an den Verfasser die Wertschätzung von St. Galler Stickereien und Spitzen schildert: «Die hohen künstlerischen und handwerklichen Eigenschaften unserer Produkte sind im allgemeinen der Haute Couture, der Konfektionsindustrie sowie den dazwischenliegenden Grossisten und dem Detailhandel hinreichend bekannt. Die grosse Masse der Endverbraucher kauft jedoch sehr oft nur den Preis und achtet im allgemeinen noch viel zu wenig auf die raffinierte und technisch einwandfreie Ausführung oder auf die geschmacklich anspruchsvolle Dessinierung. ... Wir denken, dass sich der Endverbraucher von St. Galler Stickereien und Spitzen weitgehend von der Berühmtheit schlechthin leiten lässt. Auch der Einfluss seitens der Haute Couture spielt dabei eine wichtige Rolle.»

[27] BRETSCHER S. 43; VON BÜREN S. 88 f. N 47 ff.; DAVID S. 246 f. N 8—11 zu MSchG 18; TROLLER I S. 385—387.

[28] Eingehende Herkunftsregelungen gibt es in verschiedenen Ländern für Weine, so auch in der Schweiz. Hier sind die Herkunfts- und Qualitätskriterien in der Verordnung über den Verkehr mit Lebensmitteln und Gebrauchsgegenständen vom 26. Mai 1936, Lebensmittelverordnung (BS 4 S. 469 ff.), und in kantonalen Erlassen festgelegt (vgl. dazu GEISSER S. 63—124, insbesondere S. 80 ff.).

tung derselben zugleich am angegebenen Ort» erfolgen[29]. De Gottrau hat diese Regel übernommen[30], und neuerdings ist sie im wesentlichen auch von David bestätigt worden. David erklärt[31]: «Ist für das unter einer Herkunftsbezeichnung bekannte Produkt sowohl das verwendete Bodenprodukt wie die Verarbeitung von Bedeutung, so darf die Herkunftsbezeichnung nur für Produkte gebraucht werden, deren Ausgangsprodukte vom Orte der Herkunft stammen und deren Verarbeitung ausserdem an diesem Orte erfolgte. Sie darf nicht gebraucht werden für Produkte, deren Ausgangsprodukt zwar vom vorgesehenen Orte der Herkunft kommt, aber andernorts verarbeitet wurde»[32]. Matter ist mit dieser Regelung nicht einverstanden; er erklärt[33]: «Man hat versucht, die möglichen Fälle nach dem Anteil der Naturkräfte und der menschlichen Tätigkeit in ein Schema einzuordnen und daraus allgemeine Regeln abzuleiten. ... Ein solches Unterfangen ist jedoch von vorneherein zum Scheitern verurteilt. ... Allgemeine Regeln lassen sich nicht aufstellen.»

bb) Seine Kritik ist begründet. Es hat tatsächlich wenig Sinn, wie de Gottrau und David eine umfassende Herkunftsbeziehung zu fordern, wenn im Einzelfall die Voraussetzungen dazu fehlen. Sie fehlen beispiels-

[29] BRETSCHER S. 47.

[30] DE GOTTRAU S. 74 f., S. 99.

[31] DAVID S. 247 N 10 zu MSchG 18.

[32] Die Regel soll, wie DAVID (S. 247 N 10 zu MSchG 18) mit Hinweis auf de Gottrau feststellt, auch für den Greyerzer- und Emmentalerkäse gelten, doch «anders und bedauerlich Handelsvertrag mit der Tschechoslowakei, worin Emmentaler, Greyerzer ... sogar als Sachbezeichnungen behandelt werden, ...» Der Vollständigkeit halber hätte man hier das viel wichtigere, jüngere und auch für unser Land verbindliche Abkommen von Stresa und Den Haag über den Gebrauch der Ursprungsbezeichnungen und der Benennungen für Käse vom 1. 6./18. 7. 1951 (AS 1954 S. 318 ff.) erwähnen müssen. Nach diesem Abkommen sind die Bezeichnungen «Greyerzer» und «Emmentaler» blosse Gattungsangaben (a. a. O. S. 319, 324). Gestützt hierauf hat der Bundesrat mit Verfügung vom 11. 8. 1962 (AS 1962 S. 909 ff. [911 f.]) «Emmentaler» und «Greyerzer» als Sortenbezeichnungen bestätigt und gleichzeitig auch das Herkunftsgebiet für den einheimischen Käse dieser Sorten festgelegt. Er hat dabei die schon lange bestehenden Produktionsgepflogenheiten berücksichtigt und als Herkunftsgebiet grundsätzlich das ganze Land bezeichnet, für den «Emmentaler» insbesondere die Deutschschweiz; für den «Greyerzer» die Westschweiz. Es hat somit wenig Sinn, erneut auf de Gottrau zurückzukommen und dessen «Gruyère-Doktrin» aufzugreifen, die in der These gipfelt: «... l'appellation «Gruyère» est une appellation d'origine ... Elle est donc acquise aux fromages fabriqués exclusivement dans le pays de Gruyère et dans ses régions limitrophes» (DE GOTTRAU S. 164).

[33] MATTER S. 192.

weise dann, wenn alle im Herkunftsort ansässigen Produzenten oder Fabrikanten für die Herstellung des Produkts auswärtige Roh- oder Ausgangsstoffe verwenden oder wenn sie den Herstellungsprozess arbeitsteilig gestalten, so dass in verschiedenen Orten Beiträge an die Produktion der Ware geleistet werden. — Man sieht, auf solche Weise kann das Herkunftsproblem nicht gelöst werden. Aber ein anderer Lösungsweg zeichnet sich ab.

In Wirklichkeit verhält es sich so, dass das Publikum nicht eine imaginäre, sondern jeweils die im Einzelfall gegebene typische Qualität der aus dem genannten Ort herstammenden Produkte schätzt. Diese typische Qualität beruht auf den Leistungen der dortigen Produzenten, wobei auch die Wahl der geeigneten Ausgangsstoffe zu deren Leistungen gehört. Doch gerade dieser Zusammenhang von Qualität und Unternehmerleistung rechtfertigt, die verbindliche Herkunftsbeziehung aus dem typischen Verhalten der dortigen Produzenten abzuleiten. Danach muss das als Ausgangsstoff benutzte Naturprodukt nur dann aus dem Herkunftsort des Fertigerzeugnisses stammen, wenn die dortigen Hersteller oder wenigstens ihre Mehrheit aus diesem Ort stammende Ausgangsstoffe verwenden. Beispielsweise brennen die Kirschfabrikanten des Berner Seelandes und des Baselbiets nur Kirschen aus der eigenen Region. Deshalb umfasst hier die verbindliche Herkunftsbeziehung nicht nur das Brennen, sondern auch die Herkunft der verwendeten Kirschen. — Anders verhält es sich beim Zuger Kirsch. Die Kirschfabrikanten des Zugerlandes beziehen die Kirschen nicht aus ihrer eigenen Region, sondern zum grössten Teil aus dem Kanton Baselland, da die meisten Zuger Kirschen als Tafelware verwendet werden [34]. Bei dieser Gepflogenheit der Zuger Fabrikanten kann die Herkunftsbeziehung beim Zuger Kirsch nur den Brennprozess und nicht auch die Herkunft der verwendeten Kirschen umfassen.

Analog, d. h. nach dem typischen Verhalten der Produzenten oder Fabrikanten, ist auch die Frage zu beantworten, inwieweit die Roh- oder Ausgangsstoffe im Herkunftsort des Fertigprodukts verarbeitet werden müssen.

Es scheint, dass diese Methode tatsächlich auch angewandt wird. Dem Eidgenössischen Gesundheitsamt in Bern ist sie jedenfalls bekannt [35]. Allerdings hat ihre Anwendbarkeit auch Grenzen. Wo diese Grenzen liegen, wird noch zu zeigen sein.

[34] Auskunft des Schweizerischen Obstverbandes in Zug.

[35] Gemäss seiner Aufsichtskompetenz über den Verkehr mit Lebensmitteln (Art. 25 des Bundesgesetzes vom 8. 12. 1905 betreffend den Verkehr mit Lebensmitteln und Gebrauchsgegenständen, BS 4 S. 464) hat es ab und zu die Frage zu entscheiden, ob eine zur Kennzeichnung von Lebensmitteln benutzte geographische Herkunftsangabe zutrifft oder nicht (Auskunft des Eidgenössischen Gesundheitsamtes in Bern).

b) Kriterien für handwerkliche und industrielle Erzeugnisse

aa) Für diese Warengruppe werden recht verschiedene Kriterien vorgeschlagen. Nach Bretscher soll die Regel gelten, dass das «Ganzfabrikat»[36] im Herkunftsort «erstellt» wird, weil es dort «die für seinen Zweck charakteristische Gestalt» gewonnen hat[37]. Damit wird der gesamte Herstellungsprozess an den genannten Ort gebunden. De Gottrau stellt den Grundsatz auf[38]: «Si, . . ., le produit exige un concours d'opérations diverses dans plusieurs localités, le lieu de provenance sera celui où la fabrication a été parachevée.» Ob er unter «parachever» (vollenden, fertigstellen) vor allem die Montage einzelner Teile bis hin zum Fertigprodukt versteht, darüber gibt er keinen Aufschluss. Nach Auffassung des Zürcher Obergerichts reicht diese Teilhabe am Herstellungsprozess zumindest für ein «Schweizer Produkt» nicht aus[39]. Das Zürcher Obergericht hält es für unzulässig, eine Ware als schweizerisch anzupreisen, wenn sie im wesentlichen aus im Ausland hergestellten Bestandteilen besteht, die nur noch zusammengesetzt und miteinander verbunden werden müssen. Das Zusammensetzen und Verbinden sei ein «Veredelungsprozess», der keine besondere Originalität aufweise[40]. Demgegenüber ist Martin-Achard in seiner Studie über die Herkunft der Schweizer Uhr der Meinung[41], dass bei Uhren schon dann auf die schweizerische Herkunft hingewiesen werden dürfe, wenn es sich um Qualitätsuhren handle und wenn sie in der Schweiz zusammengesetzt worden seien. David hat die These Martin-Achards übernommen und sie in Zusammenhang mit seiner Herkunftsregel für «Industrielle Produkte» gebracht[42]. Nach dieser Regel dürfen Produkte, für die einzig die Verarbeitung ausschlaggebend ist, nur dann mit der Herkunftsbezeichnung versehen werden, wenn der wesentliche Teil der Herstellung «am Orte der vorgegebenen Herkunft erfolgte»[43]. Einzig gewisse «nebensächliche Arbeiten» dürfen andernorts ausgeführt werden. Zur Dokumentation der Regel weist David auch auf die Schweizer Uhr hin: «Schweizer Uhren müssen in der Schweiz montiert und fertiggestellt worden sein (Martin-Achard, Sem. jud. 1959 145, 166).» Folglich rechnet er die Herstellung der Uhrenbestandteile zu den «nebensächlichen Arbeiten». David kann sich hierbei auf die genannte

[36] Ausdruck bei BRETSCHER S. 50 f.
[37] BRETSCHER S. 50 f.
[38] DE GOTTRAU S. 73.
[39] BlZR 33 S. 171 Nr. 75.
[40] Dem zustimmend VON BÜREN S. 89 N 51.
[41] Semjud 1959 S. 145 ff., S. 166.
[42] DAVID S. 247 N 11 zu MSchG 18.
[43] Ausdrucksweise bei DAVID S. 247 N 11 zu MSchG 18.

Studie von Martin-Achard berufen, wo es heisst[44]: «C'est ce qui explique que l'un des éléments essentiels dans la fabrication d'une montre, c'est son *montage*. Il n'est pas exagéré de dire que cette phase du travail donne au mouvement de la montre sa véritable personnalité. ... *L'usinage des pièces détachées,* le travail postérieur d'habiller la montre n'ont pas une importance égale sur le plan de la personnalité de l'article.»

Diese Einschätzung der Fabrikation von Präzisionsbestandteilen kann jedoch nicht richtig sein. Wäre sie richtig, so hätte der Bundesrat zur letzten Revision des Uhrenstatuts nicht festgestellt, dass die schweizerische Uhrenindustrie bei der Fabrikation von Rohwerken und einer Reihe von Bestandteilen gegenüber dem Ausland einen technischen Vorsprung besitze und dass die führende Position dieses schweizerischen Industriezweiges unterhöhlt werden könnte, wenn solche Rohwerke und Bestandteile exportiert würden[45]. Inzwischen hat die Uhrenindustrie zusammen mit der nach dem Uhrenstatut amtenden Kontrollbehörde die Bedeutung des «Swiss» oder «Swiss made» für Uhren im einzelnen festgelegt[46]. Danach müssen, abgesehen vom Zusammenbau, von der Kontrolle und von der Einregulierung der Uhr in der Schweiz, auch die wesentlichen (konstitutiven) Bestandteile schweizerischer Fabrikation sein[47].

bb) Troller hat sich zum Herkunftsproblem bei den «Gewerbe- und Industrieerzeugnissen» zweimal und dabei unterschiedlich geäussert[48]. Nach Band I seines Immaterialgüterrechts S. 386 f. muss — im Gegensatz zur Auffassung Davids und anderer Autoren — nicht *die* wesentliche Produktionsphase im Herkunftsort des Produkts verwirklicht worden sein. Es genügt vielmehr, «wenn die Ware am bezeichneten Ort wichtige Fabrikationsstadien durchlaufen hat». Ob Fabrikationsstadien wichtig sind oder nicht, hängt nach Trollers Auffassung von dem für sie aufgewendeten Teil

[44] MARTIN-ACHARD, Semjud 1959 S. 149.

[45] Botschaft des Bundesrates zum Uhrenstatut vom 16. 12. 1960, BBl 1960 II S. 1531 f. Vgl. auch die ähnliche Feststellung hierzu in der NZZ vom 14. 11. 1961 Nr. 4291 Blatt 10: «Würden nämlich dem Export von hochwertigen Uhrenbestandteilen und Rohwerken, dem sogenannten Chablonnage, keine Schranken gesetzt, so würde es andern Staaten erleichtert, eine eigene Uhrenindustrie aufzubauen, womit der Export der fertigen Schweizer Uhr, der am interessantesten und einträglichsten ist, ernsthaft bedroht wäre.»

[46] Da das Uhrenstatut Ende 1971 abläuft, schlägt der Bundesrat vor, diese Richtlinien und die heutige, nach dem Uhrenstatut geltende Qualitätsregelung in Art. 18 ff. MSchG zu verankern (vgl. NZZ vom 20. 2. 1970 Nr. 84 S. 17 und vom 16. 9. 1970 Nr. 431 S. 17).

[47] Vgl. KURT STAMPFLI, Das Uhrenstatut aus der Sicht des Unternehmers, NZZ vom 24. 6. 1969 Nr. 379 S. 13.

[48] TROLLER I S. 382 und 386 f.; anders in Bd. II S. 655 (dazu hinten S. 17).

der Herstellungskosten ab. Der hier massgebende Kostenanteil soll nach den Normen bemessen werden, die bei der Benutzung des schweizerischen Ursprungszeichens, der Armbrustmarke, gelten, und zwar wie folgt: «Ein 50%iger Kostenanteil genügt in zahlreichen Fällen. Bei Spezialmodellen von Fahrrädern und Motorfahrrädern und bei Traktoren werden 75%, bei der Konfektion aus Baumwoll- und Mischgeweben 65%, bei andern Erzeugnissen, wie z. B. den Produkten der papierverarbeitenden Industrie, beinahe 100% des Kostenanteils verlangt. Diese für bestimmte Produkte entwickelten Grundsätze können auch bei der Verwendung von Herkunftsbezeichnungen für die übrigen Erzeugnisse wegleitend sein.»

Wenn man Troller hier richtig versteht, so hält er die genannten Normen, die ja die Herkunftsbeziehung des «Schweizer Produkts» zur Schweiz umschreiben, auch für geeignet, die Herkunftsbeziehung der Ware zu irgendeiner Ortschaft, wie Trogen, Bümpliz, Elgg usw., festzulegen[49]. Dazu sind sie aber nicht tauglich. Bei arbeitsteiligen Produktionsverhältnissen, wie sie in unserem Land bestehen, ist davon auszugehen, dass der schweizerische Wertanteil auf Leistungen beruht, die in verschiedenen Örtlichkeiten erbracht werden, beispielsweise in Appenzell, St. Gallen, Aarau, Safenwil. Es ist somit im Regelfall nicht möglich, einen solchen örtlichen Beitrag dem gleichzusetzen, was an den Herstellungsprozess in der Schweiz insgesamt beigetragen werden kann. Das lässt sich für die Erzeugnisse der karton- und papierverarbeitenden Industrie besonders eindrücklich aufzeigen. Es sind Erzeugnisse, für deren Beziehung zum Herkunftsort die «beinahe 100%-Regel» gelten sollte. Nach dieser Regel müssen zunächst einmal die benötigten Materialien (Papier und Karton) dort hergestellt werden, wo sie auch zum Fertigprodukt verarbeitet werden. Dieser Fall wird selten gegeben sein. Man erkennt dies leicht, wenn man bedenkt, dass es einerseits renommierte Unternehmen für die Papier- und Kartonverarbeitung in Wolhusen, Wohlen, Nebikon, Rümlang usw. gibt, wo sich aber kein Papier- und Kartonhersteller befindet; solche Herstellerfirmen gibt es in Perlen, Cham, Deisswil usw., wo anderseits kein Unternehmen für die Papier- und Kartonverarbeitung ansässig ist. — Aus dem gleichen Ort müssen — nach der «beinahe 100%-Norm» — aber auch die Grundstoffe stammen, die für die Herstellung von Karton und Kraftpapier verwendet werden, nämlich Altpapier für Karton und Sulfatzellulose für Kraftpapier. Auch diese Forderung kann im Regelfall nicht erfüllt werden: Im Niederlassungsort eines Kartonfabrikanten — es handelt sich hier meistens um eine Gemeinde — dürfte grundsätzlich derart wenig Altpapier für die Kartonherstellung anfallen, dass der Fabrikant gar nicht feststellen kann, bei

[49] Als Beispiele nennt TROLLER (I S. 385), neben anderen, die Appenzeller Spitzen, die St. Galler Stickereien und die Aarauer Reisszeuge.

welchem Karton er nun dieses Altpapier verwendet hat. Schliesslich wird der wesentliche Grundstoff des Kraftpapiers, nämlich die ungebleichte Sulfatzellulose, in der Schweiz überhaupt nicht produziert.

cc) Im zweiten Band seines Immaterialgüterrechts geht Troller nochmals auf das Herkunftsproblem ein. Hier erklärt er, die nach Art. 18 ff. MSchG kennzeichenbaren Produkte müssten nach den im Herkunftsort «geübten lokalen, loyalen und konstanten Gebräuchen» gewonnen oder hergestellt sein, damit sie «den mit dem Namen verknüpften Qualitätserwartungen» entsprächen[50]. Troller geht da von Verhältnissen aus, die es im Regelfall aber gar nicht mehr gibt. Die ständige Entwicklung der wissenschaftlichen Technik[51] führt zu ständig veränderten und verbesserten Produktionsmitteln, Herstellungsmethoden und zu einem in der Qualität fortentwickelten Produkt selbst, wobei bislang Bewährtes durch neue Mittel, Methoden und Eigenschaften ersetzt wird[52]. Für «konstante, lokale» Produktionsmittel und Herstellungsverfahren bleibt da nur noch wenig Raum. Man wird sie bestenfalls noch in einigen Ausnahmefällen finden, und selbst hier sind sie nur dann als Richtlinien für die Herstellung des betreffenden Produkts verbindlich, wenn anderswie seine vom Publikum geschätzte Qualität nicht erreichbar ist (vgl. vorne S. 10).

Ferner sind die modernen Produktionsmittel nicht ortsgebunden in dem Sinne, dass sie nur den Produzenten oder Fabrikanten eines bestimmten Orts zugänglich sind. Sie stehen jedem Unternehmen offen und können irgendwo in einer geeigneten Produktionsstätte eingesetzt werden. Ähnlich verhält es sich mit den modernen Herstellungsverfahren. Sie können von irgendeinem Unternehmen irgendwo angewendet werden, falls die daran bestehenden Schutzrechte erloschen sind. Und wo ein Herstellungsverfahren noch geschützt ist, besteht die Möglichkeit, dass es auf dem Lizenzweg

[50] Das Verhältnis dieser Forderung (TROLLER II S. 655) zu seinen schon erwähnten Kriteriumsvorschlägen (I S. 386 f.) und insbesondere zu seiner auf «die Berechtigung zum Gebrauch der Herkunftsbezeichnung» bezogenen Äusserung: «Es wird also nicht darauf abgestellt, ob die Waren gemäss dem loyalen und konstanten Ortsgebrauch, der den besonderen Ruf begründete, hergestellt sind» (I S. 382), ist unklar.

[51] Zur Technik als dynamischen Faktor in einer Industriewirtschaft vgl. KÖNIG S. 294 ff. (2).

[52] Vgl. KÜNG, NZZ vom 8. 4. 1960 Nr. 1202 Blatt 16: «Mit dem Aufkommen der modernen Technik war es mit der stationären Wirtschaft zu Ende; an ihre Stelle trat die fortwährende «schöpferische Zerstörung», welche das Alte verdrängte und Neues entstehen liess. ... Infolgedessen büsste aber auch der bisher einflussreichste Wegweiser für das menschliche Tun, nämlich die Tradition, seine verbindliche Kraft ein.»

weiteren, irgendwo niedergelassenen Produzenten oder Fabrikanten zugänglich wird. Hinzu kommt, dass nach dem heutigen Stand der wissenschaftlichen Technik in vielen Fällen ein konkurrierendes Verfahren entwickelt werden kann.

All dies zeigt, dass zwischen der geschätzten Qualität einer Ware und dem Umstand, ob der Herstellungsprozess ganz oder wenigstens teilweise in einem bestimmten geographischen Bezirk vollzogen werde, kein notwendiger Zusammenhang besteht. Deshalb wäre auch die Annahme unzutreffend, die Qualitätserwartung des Publikums könne grundsätzlich nur dann erfüllt werden, wenn der Herstellungsprozess ganz oder zu einem bestimmten Teil in dem für die Produktion solcher Waren bekannten Ort ausgeführt werde.

D) Eigener Lösungsvorschlag

a) Interessenlage des Produzenten als Ausgangspunkt

Wie die Untersuchung bisher gezeigt hat, zeichnen sich alle besprochenen Lösungsversuche des Herkunftsproblems dadurch aus, dass sie einen mehr oder weniger grossen oder bestimmten Teil des Herstellungsprozesses an den Herkunftsort der Ware binden. Sie verunmöglichen somit den Produzenten oder Fabrikanten, beliebige Teile dieses Prozesses von auswärtigen Unternehmern ausführen zu lassen. Frage ist, ob diese Einschränkung mit den Interessen des Produzenten oder Fabrikanten vereinbar ist.

Da in Art. 18 ff. MSchG die einheimischen Produkte im Vordergrund stehen, ist zur Beantwortung der Frage von den einheimischen Produktionsverhältnissen auszugehen. Es handelt sich um Verhältnisse einer Marktwirtschaft oder, anders ausgedrückt, um Verhältnisse einer Wirtschaft, in der die Konkurrenz als Organisationsprinzip herrscht[53]. Anlass und Ansporn zur Unternehmertätigkeit ist in dieser Wirtschaftsordnung die Möglichkeit, das eingesetzte Kapital zu erhalten und zu vermehren[54].

Danach ist die Tätigkeit des Produzenten oder Fabrikanten folgendermassen zu verstehen: Er stellt seine Waren her, um sie beim Händler oder unmittelbar beim Konsumenten derart gewinnbringend abzusetzen, dass er das für die Produktion eingesetzte Kapital erhalten und wenn möglich vermehren kann. Im Bemühen, seine Waren abzusetzen, steht er im Wettbewerb mit Fabrikanten gleichartiger oder ähnlicher Erzeugnisse. Dieser Wettbewerb zwingt ihn, die Produkte nach Qualität und Preis stets so attraktiv zu gestalten, dass er sich gegen seine Konkurrenten behaupten kann.

[53] Vgl. hierzu BÖHLER S. 69 ff.
[54] BÖHLER S. 65.

Das ist aber nur dann möglich, wenn er den Produktionsprozess nach eigenem Gutdünken einrichten kann, wenn er also jederzeit bessere Produktionsmittel einsetzen, wirksamere Herstellungsmethoden anwenden und den Produktionsprozess vorteilhafter aufgliedern kann. — Der Produzent oder Fabrikant besitzt somit ein schutzwürdiges Interesse daran, die Herstellung seiner Waren nach eigenem Gutdünken zu gestalten, d. h. frei über die anzuwendenden Produktionsmittel, Herstellungsmethoden und über die arbeitsteilige Gliederung des Herstellungsprozesses zu bestimmen[55]. Daraus ergibt sich eben, dass die Frage nach dem auszeichnenden Merkmal desjenigen Unternehmers, der sich gemäss Art. 18 Abs. 2 MSchG als der «massgebende Produzent oder Fabrikant» der Ware ausgeben darf, niemals davon abhängen kann, welchen Teil des Herstellungsprozesses er selbst in der eigenen Poduktionsstätte ausführt.

Zu dieser Erkenntnis gibt es eine Parallele im Markenrecht, und zwar bei der Fabrikmarke. Die Fabrikmarke weist wie die geographische Herkunftsbezeichnung auf einen Fabrikanten oder Produzenten hin[56]. Auch bedeutet dieser Hinweis bei der bewährten Fabrikmarke das gleiche wie der Produzentenhinweis der geographischen Herkunftsbezeichnung: Er gilt beim Publikum als Faktor, der die geschätzte Qualität des gekennzeichneten Produkts erklärt und verbürgt[57]. Entscheidend ist nun, dass der Markengebrauch trotz dieser Hinweisbedeutung in keiner Weise davon abhängig gemacht wird, welchen Teil des Herstellungsprozesses der Markeninhaber selbst in seiner Produktionsstätte ausgeführt hat[58].

b) Folgerung

Wenn aber eine bestimmte Teilhabe am Herstellungsprozess mit Werkzeugen, Maschinen und Anlagen nicht das Merkmal ist, das die Leistung des «massgebenden Produzenten» ausschlaggebend kennzeichnet, so kann nur der Erfolg dieser Leistung das entscheidende Merkmal sein. Also nicht ein quantitatives Element, d. h. die Ausführung eines grossen Teils des Produktionsprozesses, macht die Leistung des «Hauptproduzenten» oder «Hauptfabrikanten» wesentlich, sondern ein qualitatives Element, eben der

[55] Vgl. BÖHLER S. 61, S. 65—67.

[56] Vgl. SCHLUEP S. 69 f., S. 340. — Allerdings bezieht sich die Fabrikmarke, anders als die Herkunftsbezeichnung, nicht auf einen der mehreren Fabrikanten oder Produzenten eines bestimmten Orts, sondern sie weist einfach auf einen bestimmten Produzenten hin. Dieser Unterschied ist jedoch für den vorliegenden Vergleich bedeutungslos.

[57] SCHLUEP S. 71—74.

[58] Vgl. HAUSER S. 61.

durch sie bewirkte Erfolg. Diese Teilhabe ist somit dadurch gekennzeichnet, dass der Produzent oder Fabrikant den Produktionsprozess *so organisiert, kontrolliert* und *leitet,* dass er *zum guten* Erzeugnis *hinführt.*

Diese Umschreibung dessen, was für die Leistung des «massgebenden Produzenten oder Fabrikanten» kennzeichnend ist, ist nicht neu. Man kann sie ähnlich auch im Markenrecht finden. Sie ergibt sich dort aus den Bedingungen, unter denen eine Fabrikmarke trotz ihrer Aussage, das Produkt sei eine wirtschaftliche Leistung aus dem Betrieb des Markeninhabers [59], von einem Dritten verwendet werden darf. Geht man davon aus, das Publikum sehe den Wert dieser Aussage darin, dass sie ihm eine bestimmte Qualität des Produkts verbürgt, so ist gegen einen Lizenzgebrauch der Marke bei jenen Produkten nichts einzuwenden, die mit den Originalerzeugnissen identisch sind [60]. Diese qualitative Identität ist nach Doktrin und Praxis gewährleistet, wenn die Produkte beim Lizenznehmer unter ständiger Aufsicht, Anleitung und eingehender Kontrolle des Lizenzgebers hergestellt werden. Dann kann nach dieser Auffassung die unternehmerische Leistung dem Lizenzgeber selbst zugerechnet werden, und der Betrieb des Lizenznehmers wird «objektiv-wirtschaftlich» zur blossen Betriebsstätte [61].

E) Grundsatz

Aus der definierten Tätigkeit des Unternehmers (S. 18 f.), der sich dem Publikum gegenüber als der «massgebende Produzent oder Fabrikant» des Erzeugnisses ausgeben und es folglich im Sinne von Art. 18 Abs. 2 MSchG kennzeichnen darf, kann nun hergeleitet werden, wie das Erzeugnis mit dem Herkunftsort verbunden sein muss. Diese Verbindung besteht darin, dass das Erzeugnis von einem Unternehmer herstammt, der im Herkunftsort dieses Produkts ansässig ist und der dessen Herstellung organisiert, d. h. die andern an der Produktion beteiligten Produzenten anleitet, überwacht und dadurch den Produktionsprozess zum qualitativ geschätzten Erzeugnis hinführt. Ein Weiteres kommt hinzu. Wer als «Fabrikant» oder «Produzent» der im angegebenen Ort hergestellten Ware gelten will, der muss dort in einer Produktionsstätte über Werkzeuge, Maschinen und Anlagen verfügen, die er für die Herstellung dieser Ware in irgendeiner Weise benutzt. Er hat somit neben der Organisation, Anleitung und Kontrolle des Herstellungsprozesses auch selbst einen Teil dieses Prozesses im genannten Ort, und zwar in der eigenen Produktionsstätte, auszuführen. Das kann *irgendein* Teil davon sein, weil es nur auf die Teilhabe daran mit Werkzeugen, Maschinen und Anlagen als solche ankommt, damit dieser Unternehmer,

[59] Zu dieser Aussage vgl. SCHLUEP S. 340.
[60] BGE 61 II 62; SCHLUEP S. 189.
[61] Vgl. SCHLUEP S. 344.

wie es Art. 18 Abs. 2 MSchG voraussetzt, auch faktisch «Fabrikant» oder «Produzent» der Ware ist. Zweckmässigerweise wird dazu die Endphase, nämlich die Fertigstellung des Produkts, gehören. Denn in dieser Prozessphase liegen alle Leistungsbeiträge der beteiligten Produzenten und Fabrikanten vor, so dass für den Hauptproduzenten die Gelegenheit besonders günstig ist, diese Beiträge darauf zu überprüfen, ob sie seinen Qualitätsanforderungen entsprechen oder nicht.

Lässt sich der Produktionsprozess nicht aufteilen, beispielsweise beim Anfertigen von Schnitzereien oder von Kunstschmiedearbeiten, kann er, mit anderen Worten, nicht in mehrere selbständige Operationen aufgegliedert werden, so muss er selbstredend vollumfänglich im genannten Ort ausgeführt werden.

F) Ausnahmen

Es gibt Ausnahmefälle, in denen die Qualität, die für ein Produkt bestimmter Herkunft typisch ist, nur dann erreicht werden kann, wenn der Herstellungsprozess nicht beliebig aufgeteilt und in verschiedenen Orten ausgeführt, sondern zu einem gewissen Teil in einem bestimmten Ort vollzogen wird.

a) Ausnahmeregel beim qualitätsbestimmenden Naturstoff

Es gibt Produkte mit einzigartigen, d. h. bei keinem Konkurrenzerzeugnis gegebenen Qualitätsmerkmalen, die auf den zur Herstellung verwendeten Naturstoff zurückzuführen sind. Seine qualitätsbestimmende Kraft hat der Naturstoff dort, wo er gewachsen ist oder sich gebildet hat, vom Klima oder von andern naturgegebenen Faktoren gewonnen. So können die Trauben eines bestimmten Gebiets dem daraus hergestellten Wein ein einzigartiges «Bouquet» verleihen, oder die Milch einer bestimmten Region kann dem daraus fabrizierten Käse zu einem einzigartigen Aroma verhelfen. Beispielsweise verdankt der schweizerische Greyerzer- und Emmentalerkäse sein charakteristisches Aroma zu einem wesentlichen Teil auch der einheimischen Milch. — Liegt nun der Fall vor, dass ein aus dem Herkunftsort des Fertigprodukts stammender Naturstoff für die besonderen Qualitätsmerkmale verantwortlich ist, so darf dieser Naturstoff nicht durch einen andern ersetzt werden; das Publikum würde sonst in seiner Erwartung getäuscht, die es an den Qualitätshinweis der hier benutzten Herkunftsbezeichnung knüpft.

b) Ausnahmeregel bei der qualitätsbestimmenden Produktionsphase

Es gibt auch Produkte, deren einzigartige Qualität darauf zurückzuführen ist, dass eine gewisse Phase des Produktionsprozesses in einem bestimmten Ort vollzogen wird oder sich dort vollzieht. Es handelt sich hier meistens um Phasen, deren qualitätsbestimmender Einfluss auf das Klima oder auf andere natürliche Faktoren zurückgeht. Beispielsweise ist die unerreicht gebliebene Qualität des Champagners nicht nur auf die Trauben aus der Champagne, sondern auch auf die dort naturgegebenen Produktionsbedingungen, z. B. bei der Gärung des Weins, zurückzuführen. Ähnlich verhält es sich beim Roquefortkäse; sein von keiner Imitation erreichtes Aroma geht in entscheidendem Masse auf die naturgegebenen Bedingungen zurück, welche den Gärungsprozess des Käses in den Kellern von Combalou (Departement Aveyron, Frankreich) bestimmen. — Selbstverständlich darf in solchen Fällen die qualitätsentscheidende Produktionsphase nicht anderorts ausgeführt werden; die typische Qualität des Erzeugnisses würde sonst nicht mehr erreicht.

c) Ausnahmeregel bei einer traditionellen Produktionsphase

Eine weitere Ausnahme kann am Platze sein, wenn die meisten Produzenten seit Jahrzehnten schon eine bestimmte Produktionsphase im Herkunftsort des Erzeugnisses ausführen, so dass daraus eine bewährte Gepflogenheit geworden ist. Eine solche Gepflogenheit muss im Herstellungsprozess immer dann berücksichtigt werden, wenn das Publikum sie als besonderes Qualitätsmerkmal des dorther stammenden Produkts betrachtet. Beispielsweise muss bei den «St. Galler Stickereien» der Stoff im Kanton St. Gallen bestickt werden[62], weil das Publikum gerade daraus auf die besondere Güte und Gediegenheit der Ware schliesst.

Diese Ausnahmeregel gilt aber nur unter dem Vorbehalt, dass eine solche Gepflogenheit die Fortentwicklung des Produkts nicht erschwert oder behindert. Der Vorbehalt liegt im Interesse des Publikums, das seine Bedürfnisse immer optimal befriedigen will; er liegt aber auch im Interesse des Produzenten oder Fabrikanten, der, um konkurrenzfähig zu bleiben, die Qualität seiner Erzeugnisse nach Möglichkeit ständig verbessern muss.

[62] Dagegen kann der benutzte Stoff von irgendwoher stammen; auch das Ausrüsten (Bleichen, Färben, Ätzen usw.) kann auswärts erfolgen (Auskunft der Vereinigung Schweizerischer Stickerei-Exporteure in St. Gallen; vgl. auch DAVID S. 247 N 11 zu MSchG 18).

IV. Der Wirtschaftsraumhinweis[63]

1. Allgemeines

Von den geographischen Herkunftsbezeichnungen wie «Zürcher Seide», «St. Galler Stickereien» usw. sind Herkunftsbezeichnungen zu unterscheiden, die auf ein Land oder auf einen Kontinent hinweisen. Die besondere Bedeutung solcher Herkunftsgebiete, insbesondere ihre politische Geltung, ihre durch Zollgrenzen betonte wirtschaftliche Eigenständigkeit, ihre Grösse usw., rücken nicht mehr den einzelnen Gewerbetreibenden, sondern die gesamte dortige Wirtschaft als repräsentativen Leistungsfaktor in den Vordergrund. Das Herkunftsgebiet erscheint hier nicht mehr als Standort von Produktionsstätten einzelner Gewerbetreibender, sondern als Standort eines Wirtschaftsraumes schlechthin. Wirtschaftsraumhinweise bringen zum Ausdruck, das Produkt sei Ergebnis der wirtschaftlichen Potenz des genannten Landes oder Kontinents. Diesen Unterschied in der Aussage erkennt man ohne weiteres, wenn eine «gewöhnliche» Herkunftsbezeichnung, z. B. die Bezeichnung «Zuger Kirschtorte» oder «Brienzer Schnitzerei», einem Wirtschaftsraumhinweis wie «Schweizer Produkt» gegenübergestellt wird. Die ersten zwei Beispiele sagen aus, das Produkt stamme von einer Konditorei in Zug oder von einem Holzschnitzer in Brienz. Das dritte Beispiel bringt dagegen zum Ausdruck, das Produkt sei ein Ergebnis der schweizerischen Industrie oder des schweizerischen Gewerbes schlechthin.

Aus dieser Aussage des Wirtschaftsraumhinweises folgt, dass sich seine Funktion von derjenigen einer «gewöhnlichen» Herkunftsbezeichnung unterscheidet. Er ist *kein* Zeichen, das der Gewerbetreibende als *sein* Warenkennzeichen betrachten und damit nach Belieben verwenden darf, um möglichst schnell Kunden anzuwerben. Die Aufgabe des Wirtschaftsraumhinweises besteht vielmehr darin, den Absatz solcher Produkte zu fördern, die als typische Erzeugnisse der Wirtschaft eines Landes oder Kontinents ausgezeichnet werden dürfen. Dadurch dient er in erster Linie der gesamten dortigen Wirtschaft und damit dem Wohl jenes Landes oder Kontinents überhaupt.

2. Herkunftskriterien

A) Grundsatz

Aus dem unterschiedlichen Herkunftshinweis der «gewöhnlichen» geographischen Herkunftsbezeichnung und des Wirtschaftsraumhinweises ergeben sich unterschiedliche Anforderungen an die Beziehung der Produkte

[63] Herkunftsbezeichnungen, die auf einen Wirtschaftsraum hinweisen, werden im folgenden kurz als «Wirtschaftsraumhinweise» bezeichnet.

zum Herkunftsort oder Herkunftsgebiet. Nationale Wirtschaftsraumhinweise bringen zum Ausdruck, das gekennzeichnete Produkt sei Ergebnis der wirtschaftlichen Potenz des genannten Landes[64]. Da die typische Potenz einer Landeswirtschaft durch die Leistungen der einzelnen Branchen im Lande verkörpert wird, bedeutet diese Aussage grundsätzlich, die Produkte seien typische Leistungen einer bestimmten Branche. Das heisst, derjenige Teil des Herstellungsprozesses müsse inlandsgebunden sein, der nach Branchenübung inländisch ist oder, mit andern Worten gesagt, von der Mehrheit der Branchenmitglieder in inländischen Produktionsstätten verwirklicht wird.

B) Abgrenzung des Grundsatzes

Eine solche Branchengepflogenheit darf jedoch dann nicht als Herkunftskriterium im umschriebenen Sinn benutzt werden, wenn sie zu einer Bindung führt, die eine Fortentwicklung des Produkts behindert oder verunmöglicht. Jedem Produzenten oder Fabrikanten soll es — im Interesse des Publikums an einer optimalen Bedürfnisdeckung — stets möglich sein, abweichend von einer allfälligen Branchenübung, diejenigen ausländischen Leistungen zu berücksichtigen, welche ihm erlauben, das Erzeugnis fortzuentwickeln[65].

Irreführend wäre es auch, ein Produkt als Leistung der inländischen Wirtschaft zu bezeichnen, wenn der im Inland ausgeführte Teil des Produktionsprozesses keine nennenswerte Bedeutung besässe. Deshalb wäre eine allfällige Branchengepflogenheit auch dann als Herkunftskriterium untauglich, wenn sie nur Unbedeutendes an die inländische Wirtschaft bände, beispielsweise bloss den Zusammenbau des Produkts aus im Ausland hergestellten Bestandteilen[66]. Die inlandsgebundene Produktionsphase muss auch wesentlich sein. Das ist sie nach der Natur der Sache dann, wenn sie «qualitativ» wesentlich ist, d. h. wenn sie, verglichen mit den übrigen Operationen im Produktionsprozess, das Werden des Produkts — durch die Natur oder durch die Technik — noch wesentlich beeinflusst. Die Abklärung dieser Frage ist ein Problem, das Sachverständige (Naturwissenschafter, Techniker usw.) lösen müssen.

[64] Die Untersuchung beschränkt sich der Einfachheit halber auf nationale Wirtschaftsraumhinweise. Die hierzu gemachten Ausführungen gelten jedoch in analoger Weise auch für kontinentale Wirtschaftsraumhinweise.

[65] Beispielsweise wäre die Fortentwicklung elektronischer Geräte und Apparate in unserem Land stark behindert worden, wenn es nicht möglich gewesen wäre, die den Radioröhren überlegenen und zunächst nur im Ausland hergestellten Transistoren zu verwenden.

[66] Vgl. BlZR 33 S. 171 Nr. 75.

C) Bedeutung weiterer Kriterien

Von den weiteren Gesichtspunkten, die nach vereinzelten Auffassungen die nationale Herkunft einer Ware beeinflussen, ist

a) die Benutzung ausländischer Patente oder ähnlicher ausländischer Immaterialgüter

zu nennen. So wird im Reglement über die Verwendung der schweizerischen Ursprungsmarke (Art. 4 lit. b) angeordnet, dass das Ursprungszeichen nicht gebraucht werden darf, wenn das Produkt eine «im Ausland entstandene und grossgezogene Marke» trägt. Mit dem hier genannten Markengebrauch ist die Lizenzbenutzung einer ausländischen Marke für ein im Ausland entwickeltes und nun auch in der Schweiz hergestelltes Erzeugnis gemeint. In einem solchen Fall müssen die ausländischen Patente, Rezepte usw. auch vom schweizerischen Markenlizenznehmer benutzt werden dürfen, damit die in der Schweiz hergestellten Erzeugnisse die Qualität des ausländischen Originalprodukts erreichen[67]. Denn eine Markenlizenz kann nur dann erteilt werden, wenn diese Identität gewährleistet ist (vorne S. 20). Es ergibt sich daraus die Frage, ob ein Produkt in der Werbung nur dann als inländisch bezeichnet werden dürfe, wenn die zur Herstellung verwendeten Patente und Fabrikationsgeheimnisse inländischen Ursprungs sind. Troller verneint die Frage entschieden[68]. Seine Auffassung wird vom Bundesgericht in BGE 89 I 54 bestätigt: «Die Herkunft eines Produkts bestimmt sich darnach, wo dieses selber, nicht die seiner Herstellung zugrunde liegende Idee, herstammt. ... Ein auf Grund einer ausländischen Lizenz in der Schweiz hergestelltes Erzeugnis hat daher als schweizerisch, ein auf Grund einer schweizerischen Lizenz im Ausland hergestelltes Erzeugnis als ausländisch zu gelten.» Tatsache ist, dass der gegenseitige Austausch von Immaterialgütern, vor allem von Patenten und technischem «Know-how», unter den Industrieländern des Westens sehr intensiv ist. Öfters hängt sogar die Konkurrenzfähigkeit einzelner Branchen einer Landeswirtschaft von der Möglichkeit ab, ausländische Patente zu verwenden. Das trifft beispielsweise für die Fernsehgeräte-Industrie jener Länder zu, in denen das Farbfernsehen nach dem PAL-System der deutschen Firma Telefunken aufgebaut ist. Hier sind die Hersteller von Farbfernsehern auf die deutschen PAL-Patente angewiesen. — All dies zeigt, dass in einer nationalen Industriewirtschaft stets ein Bedürfnis nach ausländischen Immaterialgütern besteht. Deshalb wäre es absurd, wenn die im Inland nach ausländischen Patenten hergestellten Produkte nicht auch als inländische Erzeugnisse bezeichnet werden

[67] TROLLER II S. 830.
[68] TROLLER I, 1. A. 1959, S. 342.

dürften[69]. Jede Volkswirtschaft soll ungehindert die besten irgendwo greifbaren Patente benutzen können, ohne sich deswegen verleugnen zu müssen. — Es gibt allerdings eine Reihe von Erzeugnissen, beispielsweise Düsenflugzeuge, Computer usw., deren Konzeption eine derart aussergewöhnliche Leistung der wissenschaftlichen Technik darstellt, dass sich auch das Publikum dafür näher interessieren kann. Sind nun die entscheidenden Konstruktionsarbeiten für ein solches Produkt im Ausland ausgeführt worden, so muss dieser Sachverhalt durch einen Zusatz, z.B. durch den Hinweis «Schweizer Produkt nach französischer Konstruktion» oder ähnlich, klargestellt werden. Es besteht sonst die Gefahr, dass das Publikum den nationalen Herkunftshinweis «Schweizer Produkt» auch auf die im Ausland geleistete Konstruktionsarbeit bezieht.

b) Auslandsabhängigkeit des Produzenten

In der deutschen Doktrin wird die Auffassung vertreten, dass auch eine finanzielle Auslandsabhängigkeit des Produzenten oder Fabrikanten die nationale Herkunft des Produkts beeinflussen könne. So dürfe ein in Deutschland ansässiges Unternehmen, das massgebend von ausländischem Kapital beeinflusst werde, seine Produkte nicht mit der Bezeichnung «Deutsches Produkt», sondern nur mit dem Hinweis «hergestellt in Deutschland», «made in Germany» oder ähnlich versehen[70]. — Danach wären zum Beispiel die Opel-Automobile keine «Deutschen Produkte», weil die Firma Opel in Rüsselsheim und Bochum ein Tochterunternehmen der amerikanischen General Motors Corporation ist. Aber mutet nicht gerade bei diesem «Jedermann-Automobil» Deutschlands die Verleugnung der deutschen Herkunft sonderbar an? — Ähnliches wird auch im Reglement «betr. die Abgabe, Verwendung und Kontrolle der Schweizerischen Ursprungs- und Schutzmarke» gesagt. Gemäss Art. 4 lit. d des Reglements dürfen jene Unternehmungen, die zwar in der Schweiz produzieren, jedoch von ausländischen Firmen beherrscht werden, das Armbrustzeichen grundsätzlich nicht benutzen. Danach wären beispielsweise die bekannten Knorr-Produkte aus Thayngen bei Schaffhausen keine «Schweizer Produkte», weil die Firma Knorr zu einer amerikanischen Firmengruppe gehört. Es besteht jedoch kein Zweifel, dass das Publikum diese Konsequenz gerade bei derart weit verbreiteten und populären Erzeugnissen überhaupt nicht verstünde. Das Publikum würde auch überfordert, wenn es sich unter der Bezeichnung

[69] So werden beispielsweise die in Baar/Zug in Lizenz hergestellten Haushaltmaschinen der englischen Marke «Kenwood» zutreffend mit «Kenwood Swiss» gekennzeichnet.

[70] BAUMBACH-HEFERMEHL I S. 612 f. N 182 in Verbindung mit N 181 zu DUWG 3.

«Schweizer Produkt» etwas anderes vorstellen müsste als unter der Angabe «made in Switzerland»; deshalb kann man ihm auch nicht zumuten, die beiden Bezeichnungen im Sinne der deutschen Doktrin zu unterscheiden.

Auch wenn man die Frage, ob eine finanzielle Auslandsabhängigkeit des Produzenten oder Fabrikanten die inländische Herkunft eines Produkts beeinflussen soll oder nicht, von der vorne umschriebenen Aussage der Wirtschaftsraumhinweise aus überprüft (S. 23), fällt die Antwort nicht anders, nämlich negativ aus. Denn soweit man diese Aussage auf die Produzenten oder Fabrikanten beziehen kann, bringt sie bloss zum Ausdruck, das Produkt sei von Fabrikanten und Produzenten hergestellt worden, deren Fabrikations- oder Produktionsstätten sich im Inland befinden. Ob nun ein solcher Unternehmer mit ausländischem Kapital arbeitet, ist ein Gesichtspunkt, der dabei überhaupt nicht berührt wird. Abgesehen davon wäre es bei der international wachsenden Verflechtung von Unternehmen und bei der zunehmenden Öffnung der Landesmärkte zueinander auch nicht zeitgemäss, diesen Faktor bei der Herkunft inländischer Produkte zu berücksichtigen.

3. Insbesondere die Herkunft des «Schweizer Produkts»

A) Sonderkriterien der «Zentralkommission» und ihres Anhangs[71]

Es gibt nur einen einheimischen Wirtschaftsraumhinweis; es ist unser nationales Herkunftszeichen «Schweizer Produkt», «Swiss», «made in Switzerland» usw.[72]. Es verbürgt eine Ware, die «so viel schweizerische Wertanteile enthalten» sollte, «als es praktisch überhaupt möglich ist»[73]. Diese Aussage, welche es schon als Wirtschaftsraumhinweis macht, wird noch durch die intensive Werbung vertieft, die mehrere Propaganda-Organisationen, z. B. der Schweizerwoche-Verband in Solothurn, die Schweizer Mustermesse in Basel, die Olma in St. Gallen usw., für das «Schweizer Produkt» treiben. So appelliert unsere nationale Herkunftsbezeichnung an das ein-

[71] Es handelt sich hier um die Zentralkommission Schweizerischer Propaganda-Organisationen. Zu ihrem Anhang gehören Organisationen wie die Schweizer Mustermesse in Basel, der Schweizerwoche-Verband in Solothurn, die OLMA in St. Gallen, die Zentralstelle für das Schweizerische Ursprungszeichen in Bern und andere. — Der Hauptzweck dieser Organisationen besteht in der Förderung der einheimischen Wirtschaft (vgl. dazu BAUMANN S. 16—30).

[72] Die hier zur Diskussion stehende werbemässig benutzte nationale Herkunftsbezeichnung muss von der nationalen Herkunftsangabe unterschieden werden, die zolltechnischen, fiskalischen, polizeilichen und anderen ähnlichen Zwecken dient (vgl. dazu auch S. 28 Anm. 75).

[73] RAISSIG S. 71.

heimische Publikum im Sinne: «Kauf Schweizer Ware, damit dienst Du der gesamten Landeswirtschaft und dem Lande selbst», eben weil der Kauf schweizerischer Erzeugnisse zur Stärkung unserer Industrie und damit auch dazu beiträgt, dass die Bevölkerung sichere und gut bezahlte Arbeitsplätze findet und unser Land die politisch erwünschte wirtschaftliche Eigenständigkeit behält[74].

Die Zentralkommission hat den Herkunftshinweis unserer nationalen Herkunftsbezeichnung in eine Formel übersetzt. Sie geht dabei von einer quantitativ wesentlichen Teilhabe am Produktionsprozess aus, indem sie erklärt, es gelte im allgemeinen die Regel, «dass der schweizerische Wertanteil an den Herstellkosten (einbezogen hierin sind Rohmaterial, Halbfabrikate, Zubehörteile, Löhne, Fabrikationsgemeinkosten unter Ausschluss der Vertriebskosten) mindestens 50 % betragen soll.» Daneben müssten aber auch die Herkunft der wesentlichen Bestandteile und der Fabrikationsprozess, der dem Produkt seine charakteristische Gestalt verleihe, berücksichtigt werden. — Die Richtlinien der Zentralkommission sind durch eine eingehende Regelung der Zentralstelle für das Schweizerische Ursprungszeichen ergänzt worden. Seit Jahren wird bei den einheimischen Unternehmern um Anerkennung dieser Kriterien geworben.

B) Bedeutung der Sonderkriterien

Die Zentralkommission stellt in ihrem Merkblatt zur Bezeichnung «Schweizer Produkt» fest, die einem Erzeugnis «durch die zuständigen schweizerischen Stellen»[75] erteilte Ursprungsbescheinigung oder die Zulassung eines Produkts zu irgendeiner schweizerischen Messe oder Ausstellung berechtige «nicht ohne weiteres», die betreffende Ware in der Propaganda als «Schweizer Produkt» zu bezeichnen. Deutlicher gesprochen soll das wohl heissen, die Richtlinien der Zentralkommission dürften bei der propagandamässig als «Schweizer Produkt» bezeichneten Ware nicht «ohne weiteres» übergangen werden; eine allgemeine Verbindlichkeit sei ihnen nicht «ohne weiteres» abzusprechen. Anderer Auffassung scheint das Handelsgericht des Kantons St. Gallen zu sein, so jedenfalls in einem in der SJZ 36 Nr. 18 (S. 93 f.) teilweise veröffentlichten Entscheid. Das muss man daraus schliessen, dass das Gericht dort diese Kriterien bloss beiläufig neben andern Auffassungen über

[74] Vgl. dazu BAUMANN S. 3 ff.

[75] Dazu gehören die nationale Ursprungsbescheinigung für den Warenverkehr in der EFTA sowie die Ursprungszeugnisse der Handelskammern gemäss Ursprungszeugnisverordnung des Bundesrats vom 9. 12. 1929 (BS 10 S. 525 ff.). Diese Ursprungsbescheinigungen dienen handelspolitischen Zwecken und haben mit der hier zur Diskussion stehenden, als Werbemittel benutzten Herkunftsangabe nichts gemein.

das «Schweizer Produkt» nennt und dass es bei der Beurteilung der schweizerischen Herkunft eines Textilprodukts von anderen Gesichtspunkten ausgeht. Mehr Beachtung finden sie hingegen in einem Entscheid des Zürcher Obergerichts[76]. In diesem Urteil heisst es zwar zunächst, «das Reglement des Verbandes für Inlandproduktion in Bern betreffend Organisation, Verwendung und Kontrolle der schweizerischen Ursprungs- und Schutzmarke» sei für das Gericht nicht verbindlich. Es heisst dann aber weiter, dass dieses Reglement als Ausdruck der herrschenden Anschauung darüber, was als «Schweizer Produkt» anzusprechen sei, doch den Weg weise. — Aber gerade auf die «Auffassung der massgebenden Handels- und Gewerbekreise»[77], d. h. auf die Anerkennung in den einzelnen Wirtschaftszweigen unseres Landes, kommt es an, ob die Normen der Zentralkommission und ihres Anhangs allgemein gültig sind oder nicht. Werden sie dort als die für das «Schweizer Produkt» entscheidenden Kriterien anerkannt, so sind sie damit auch nach Art. 18 Abs. 3 MSchG verbindlich. Nach dieser Bestimmung ist es nämlich verboten, ein Produkt mit einer der Wirklichkeit nicht entsprechenden Herkunftsbezeichnung zu versehen. Man fragt sich nun, worin die «Wirklichkeit» beim «Schweizer Produkt» besteht, soweit sie die Beziehung des Produkts zur schweizerischen Wirtschaft betrifft. Hier gibt es nichts anderes, als sie durch denjenigen Teil des Produktionsprozesses verkörpert zu sehen, der nach Branchenübung auf Leistungen der einheimischen Wirtschaft beruht. Hauptkriterium ist somit eine allfällige Branchenübung (vorne S. 24). Ist diese fragwürdig oder fehlt sie überhaupt, so können die Normen der Zentralkommission und ihres Anhangs Auslegungshilfe leisten. Primär kommen diese Normen aber nur dann zum Zuge, wenn sie sich in den Branchen unserer Wirtschaft durchgesetzt haben und damit zu Richtlinien der Branchen selbst geworden sind. Wollte man auf Baumann abstellen, der im Jahre 1953 erklärte, die Richtlinien der Zentralkommission seien zu der «in der Praxis tatsächlich angewendeten Definition» des «Schweizer Produkts» geworden[78], so hätten diese vor Jahren schon allgemeine Geltung erlangt. Ob das wirklich zutrifft, kann aber nur durch eingehende Branchenuntersuchungen geklärt werden.

4. Schutz der Wirtschaftsraumhinweise

A) Schutz nach innen

Hier stellt sich zunächst die Frage, ob MSchG und UWG die Wirtschaftsraumhinweise nach innen, d. h. vor einem Missbrauch durch Unter-

[76] Teilweise publiziert in den BlZR 33 S. 170 f. Nr. 75; vgl. auch SJZ 30 S. 329 Nr. 241.

[77] Ausdrucksweise gemäss erwähntem Entscheid des Zürcher Obergerichts.

[78] BAUMANN S. 44 f.

nehmen des genannten Landes oder Kontinents selbst, angemessen schützen, z. B. vor einer Benutzung für Produkte, die mit der Wirtschaft jenes Landes oder Kontinents nicht nennenswert verbunden sind. Stellt man zur Beantwortung der Frage auf unsere nationale Herkunftsbezeichnung ab, so fällt die Antwort negativ aus. Da ist einmal zu bemängeln, dass dieser Schutz nur den Benutzern des Zeichens sowie den Vereinigungen solcher Benutzer offensteht. Die nationale Herkunftsbezeichnung ist aber nicht ein Werbemittel einzelner Unternehmen, sondern ein Werbemittel unserer ganzen Landeswirtschaft. Deshalb sollte dieser Schutz auch jenen Organisationen offenstehen, die sich, wie die Zentralkommission und ihr Anhang (vorne S. 27) oder die Handelskammern, für die Interessen der gesamten schweizerischen Wirtschaft einsetzen. — Eine weitere Kritik richtet sich gegen den Schutz als solchen. Er ist in seiner gegebenen Form unzulänglich, weil er auf dem Zivilprozessweg erstritten werden muss. Dieser Weg ist umständlich und schwerfällig; er macht ein schnelles Reagieren auf die Herkunftsprobleme, die bei den gegebenen dynamischen Wirtschaftsverhältnissen ununterbrochen und in einer Vielzahl auftreten können, weitgehend unmöglich (hinten S. 39 f.). Abhilfe kann da nur eine Ordnung schaffen, die jeden werbemässigen Gebrauch unserer nationalen Herkunftsbezeichnung erfasst, ihn kontrolliert und lenkt. Man kann sich hier vorstellen, dass eine Institution, die sich für das Wohl der gesamten Industrie und des einheimischen Gewerbes einsetzt — z. B. die Zentralkommission und ihr Anhang —, diese Kontrolle ausübt und zusammen mit den einzelnen Branchenverbänden die verbindlichen Herkunftskriterien und Qualitätsrichtlinien für das «Schweizer Produkt» festlegt.

Nach der Funktion unseres nationalen Herkunftszeichens — es ist das entscheidende Werbezeichen unserer Landeswirtschaft — liegt sein Schutz vorab im öffentlichen Interesse. Infolgedessen ist es auch gerechtfertigt, diesen Schutz im öffentlichen Recht zu regeln[79].

B) Schutz nach aussen

Ein Schutz unserer nationalen Herkunftsbezeichnung nach aussen, d. h. ihr Schutz im Ausland, kann nur schwer erreicht werden, wenn der Schweizer Name dort als sogenannte Gattungsangabe zur Benennung von Waren-

[79] Zurzeit wird ein Sonderschutz für unser nationales Herkunftszeichen ausgearbeitet. Es scheint eine öffentlich-rechtliche Regelung im Vordergrund zu stehen. Danach soll der Bundesrat ermächtigt werden, wo es im Interesse der schweizerischen Wirtschaft geboten ist, den Zeichengebrauch im Einzelfall zu regeln, das heisst insbesondere, die Beziehung des kennzeichnungswürdigen Produkts zur schweizerischen Wirtschaft sowie seine Qualität zu umschreiben (vgl. die Hinweise auf die beabsichtigte Ordnung in der NZZ vom 20. 2. 1970 Nr. 84 S. 17).

arten oder Warensorten verwendet wird. Diese Schwierigkeit besteht selbst in jenen Ländern, die wie die Schweiz dem Pariser Verband zum Schutz des gewerblichen Eigentums angehören. Die für einen Schutz in Frage kommende Pariser Verbandsübereinkunft (PVUe Art. 10[79a]) und das Madrider Herkunftsabkommen (MHA) nützen hier nichts[80]. Grundsätzlich kann ein wirksamer Schutz nach wie vor nur auf bilateralem Weg erreicht werden, beispielsweise durch entsprechende Vereinbarungen in Handelsabkommen[81]. In jüngster Zeit kommen immer mehr — vor allem auf Betreiben Frankreichs und der Bundesrepublik Deutschland — zweiseitige Spezialverträge auf. Es handelt sich hier um Verträge, die sich nur mit geographischen Herkunftsangaben befassen. Sie nennen die geographischen Namen und Bezeichnungen, die bei bestimmten Produkten als Herkunftsangaben zu schützen sind, und legen fest, wie dieser Schutz ausfallen soll. — Einen solchen Vertrag hat auch die Schweiz mit der Bundesrepublik Deutschland abgeschlossen[82]. In diesem Vertrag vom 7. März 1967 wird vor allem auch der Schweizer Name umfassend geschützt: Der Name soll in Deutschland gleich geschützt werden wie in der Schweiz[83].

Für den Schutz ausländischer Wirtschaftsraumhinweise in der Schweiz sollte gelten, dass auch ausländische Organisationen, die sich für die Pflege ihrer nationalen Herkunftsbezeichnung einsetzen, den Schutz des Zeichens nach Art. 18 ff. MSchG betreiben können. Deshalb ist auch ihnen das Klagerecht von Art. 27 Ziff. 2 lit. a MSchG einzuräumen.

§ 4. DER QUALITÄTSHINWEIS DER GEOGRAPHISCHEN HERKUNFTSBEZEICHNUNG

I. Vorbemerkung

Gemäss Art. 18 Abs. 1 MSchG gibt die geographische Herkunftsbezeichnung dem Erzeugnis «seinen Ruf». Dem Erzeugnis seinen Ruf geben bedeutet, eine positive Aussage über die Qualität der Produkte machen. Dieser Quali-

[79a] AS 1970, S. 633.

[80] Vgl. Art. 4 MHA (AS 1963 S. 142), wo es heisst: «Die Gerichte eines jeden Landes haben zu entscheiden, welche Bezeichnungen gattungsmässig sind und deswegen nicht unter die Bestimmungen des gegenwärtigen Abkommens fallen; ...»

[81] So beispielsweise in der Zusatzvereinbarung der schweizerisch-französischen Handelsübereinkunft vom 31. 3. 1937, BS 14 S. 438 f.

[82] AS 1969 S. 531 ff.

[83] Vgl. Botschaft des Bundesrats vom 31. 1. 1968 zum Vertrag zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Bundesrepublik Deutschland über den Schutz von Herkunftsangaben und anderen geographischen Bezeichnungen, BBl 1968 I S. 218 f.

tätshinweis stellt, wie vorne dargetan (S. 3 f.), die entscheidende Wirkung des Zeichens in seiner Funktion eines Warenkennzeichens dar. Sein Schutz liegt somit im Interesse des Publikums und im Interesse der Zeichenbenutzer selbst. Der Gesetzgeber hat nun, wie unten gezeigt wird, in Art. 18 ff. MSchG für diesen Hinweis einen Schutz vorgesehen. Es ist infolgedessen geboten, dieser Regelung möglichst viele Herkunftsbezeichnungen zu unterstellen, damit sie diesen Schutz finden. — Das zeigt, dass man die Eigenschaft des Zeichens, dem Erzeugnis seinen Ruf zu geben, nicht einschränkend, sondern umfassend verstehen muss.

Eine solche Qualitätsaussage setzt zweierlei voraus: Zunächst müssen die Produkte — es handelt sich um Erzeugnisse von verschiedenen, im gleichen Ort ansässigen Produzenten, Fabrikanten oder Kaufleuten — eine dem Publikum erkennbare Qualität, nämlich *einheitliche* schätzenswerte Qualitätsmerkmale, aufweisen. Dann müssen diese Merkmale dem Publikum bekannt geworden sein, damit angenommen werden darf, es erwarte sie immer wieder bei den so gekennzeichneten Produkten. Das darf man — bei einer extensiven Auslegung der Funktion «Rufgeben» — schon dann für gegeben halten, wenn wenigstens drei Unternehmen ihre schätzenswerten Erzeugnisse mit dem Ortsnamen (allein oder zusammen mit andern Elementen) kennzeichnen.

Bei den meisten geographischen Herkunftsbezeichnungen bezieht sich der Qualitätshinweis auf Produkte einer bestimmten Art oder Gattung, nämlich auf Produkte, für die das Zeichen stets verwendet worden ist, z. B. bei der Bezeichnung «Sumiswalder Uhren» auf Wand- und Kaminuhren, bei der «Zürcher Seide» auf Seidenprodukte[84]. Daneben gibt es Herkunftsbezeichnungen, die ihren Goodwill als Kennzeichen verschiedenster Erzeugnisse erlangt haben, so dass sich ihr Qualitätshinweis auf irgendein Produkt bezieht. Zeichen dieser Art findet man vor allem bei den Wirtschaftsraumhinweisen. Dazu gehört auch unser nationales Herkunftszeichen: die werbemässig benutzte Bezeichnung «Schweizer Produkt», «Swiss made», «Swiss». In ihrer Aussage spiegelt sich der allgemeine Qualitätsstand, wie er im Lauf der Zeit für die Leistungen unserer Industrie und unseres Gewerbes als typisch anerkannt worden ist. Dieser Qualitätsstand verkörpert seit Jahren eine beachtliche Güte, so dass er heute eine bewährte positive Aussage stützt[85]. Diese Aussage ist unteilbar: Sie kommt allen Erzeugnissen zugute,

[84] Vgl. DAVID S. 246 N 8.

[85] So auch der Direktor des Bundesamtes für Industrie, Gewerbe und Arbeit (BIGA) gemäss den publizierten Ausführungen, die er in Bern anlässlich der Tagung der schweizerischen Arbeitsgemeinschaft für Qualitätsförderung vom 2. 5. 1966 zum Begriff «Schweizer Produkt» machte (siehe LNN vom 3. 5. 1966 Nr. 102 S. 4). Ähnlich auch J. C. WEILENMANN in seinem Aufsatz «Missverständnisse um den Markenartikel», NZZ vom 23. 6. 1966 Nr. 2772 Blatt 5.

die mit der nationalen Herkunftsbezeichnung versehen sind. Infolgedessen darf — zum Schutz des Publikums vor Täuschungen — kein minderwertiges Erzeugnis werbemässig als «Schweizer Produkt» bezeichnet werden. Das ist in der Lehre nicht beachtet worden. So stellt Raissig fest, obschon er anerkennt, dass die Bezeichnung «Schweizer Produkt» eine Qualitätsaussage[86] machen kann[87]: «Grundsätzlich dürfen aber auch die schlimmsten Ausschusswaren unter Hinweis auf ihren schweizerischen Ursprung verkauft werden, denn der nationale Ursprungshinweis ist keine Qualitätsangabe»[88]. Diese Lehre ist nicht nur im Hinblick auf den Schutz des Publikums vor Täuschungen verfehlt; sie ist es auch im Hinblick darauf, dass die nationale Herkunftsangabe unserer Industrie und unserem Gewerbe als Hauptwerbezeichen auf dem Weltmarkt dient. Eine solche Funktion setzt voraus, dass dieses Zeichen als eigentliches Gütezeichen geschützt wird. Zu diesem Schutz gehören Qualitätsrichtlinien für die kennzeichnungswürdigen Produkte. Dazu gehört ferner ein grundsätzliches Verbot, das Zeichen für Produkte zu benutzen, die gemessen am jeweils bei der betreffenden Warensorte typischen Qualitätsstand minderwertig sind. Beides sollte in der künftigen Regelung unserer nationalen Herkunftsbezeichnung berücksichtigt werden.

II. Allgemeiner und besonderer Qualitätshinweis

Es gibt geographische Herkunftsbezeichnungen, die nicht auf Produkte mit besonderen Qualitätsmerkmalen, sondern schlechthin auf gute Produkte hinweisen. Da Täuschungen des Publikums nicht zu befürchten sind, wenn solche Zeichen für gute Erzeugnisse verschiedener Qualitätsstufen verwendet werden, ist gegen eine derartige Benutzung nichts einzuwenden. So halten es die schweizerischen Uhrenfabrikanten mit dem guten Ruf ihrer Erzeugnisse für durchaus vereinbar, Uhren verschiedener Qualitätsstufen, so auch die billigeren Roskopfuhren, mit «Swiss» oder «made in Switzerland»

[86] So wörtlich, S. 116: «Es ist aber eine Tatsache, dass gewisse Erzeugnisse der schweizerischen Industrie, . . ., einen hervorragenden Ruf besitzen. Werden solche Erzeugnisse als «Schweizer Produkt» bezeichnet, so wird im Käufer sofort die Vorstellung von qualitativ hochwertigen Produkten erweckt.»

[87] RAISSIG S. 116; BAUMANN hat diese These nicht zurückgewiesen (vgl. S. 45—47); er unterscheidet *zwei werbemässig* benutzte Herkunftsangaben: die eine ohne, die andere mit Qualitätshinweis («Ruf» gemäss Art. 18 Abs. 1 MSchG).

[88] Wie unsere nationale Bezeichnung «Schweizer Produkt» bei «schlimmster Ausschussware» noch der nationalen Warenpropaganda dienen und, wie RAISSIG meint (S. 116), das Publikum dabei zu «ethischen» und «staatsbürgerlichen» Erwägungen veranlassen soll, bleibt ein Rätsel.

zu kennzeichnen[89]. — In solchen Fällen darf dann das Zeichen nur nicht für minderwertige Produkte oder, wie sie auch genannt werden, für Ramsch- oder Ausschusswaren benutzt werden[90]. Dieses Benutzungsverbot ist aber nicht immer durchsetzbar. Es kann dort nicht durchgesetzt werden, wo die geographische Herkunftsbezeichnung gleichzeitig als Name einer Warensorte dient, weil Produkte der betreffenden Sorte nur im bezeichneten Bezirk hergestellt werden. Das gilt zum Beispiel für die Bezeichnung «Appenzellerkäse»; sie ist Herkunfts- und Sortenbezeichnung. — Allerdings muss in solchen Fällen — zum Schutz des Publikums vor Täuschungen — mit Zusätzen klargestellt werden, dass ausnahmsweise ein minderwertiges Produkt gekennzeichnet wird[91].

Eine Herkunftsbezeichnung darf aber dann nicht für Waren verschiedener Qualitätsstufen benutzt werden, wenn sie auf ein Produkt von *besonderer* Qualität hinweist. Kennzeichnungswürdig sind dann nur Erzeugnisse, die die besonderen Qualitätsmerkmale aufweisen, sofern eine solche Qualitätsbindung nicht dazu führt, dass das Produkt nur noch unter Schwierigkeiten oder überhaupt nicht mehr fortentwickelt werden kann. Dieser Vorbehalt ist nötig, weil das Publikum stets Erzeugnisse verlangt, die ihm die Bedürfnisse nach den jeweils gegebenen technischen Möglichkeiten optimal decken. — Herkunftsbezeichnungen mit besonderem Qualitätshinweis gibt es vor allem bei Naturprodukten oder bearbeiteten Naturprodukten (z. B. bei Weinen, Käsen usw.). Bei industriellen Erzeugnissen hingegen findet man sie seltener, weil eine moderne, auf die Herstellung von Massengütern ausgerichtete Industriewirtschaft wenig Raum für Produkte lässt, die sich durch überragende Qualitätsmerkmale von andern guten Erzeugnissen unterscheiden[92].

[89] Auskunft der Schweizerischen Uhrenkammer; vgl. auch Botschaft des Bundesrats zum Uhrenstatut, BBl 1960 II S. 1530 f.: «... wurde eine Lösung vorgesehen, bei welcher für die verschiedenen Bauarten der Uhr nötigenfalls unterschiedliche minimale Qualitätslimiten festgelegt werden können.»

[90] Vgl. die Zuschrift aus «Kreisen der nationalrätlichen Kommission für die Vorberatung des neuen Uhrenstatuts» in der NZZ vom 15. 5. 1961 Nr. 1819 Blatt 14, aus welcher hervorgeht, dass zum Schutz des guten Rufs der Schweizer Uhr ein Verkaufsverbot für Ramsch- und Ausschussware erforderlich sei.

[91] So gibt es bei Käsen immer wieder Ware minderer Qualität, was auch beim «Appenzeller» vorkommen kann. Soweit er noch verkehrsfähig ist, wird er dann als «Aktionsware» oder als «Kochkäse» verkauft.

[92] Dagegen geht TROLLER (I S. 378 f.) grundsätzlich von Produkten aus, bei denen das Publikum aus dem geographischen Namen auf besondere Eigenschaften schliesst.

III. Das kennzeichnungswürdige Produkt

Produkte, die mit einer geographischen Herkunftsbezeichnung nach Art. 18 MSchG gekennzeichnet werden, müssen in ihrer Beschaffenheit mit dem Qualitätshinweis des Zeichens übereinstimmen. Diese Forderung ergibt sich aus Art. 18 Abs. 3 MSchG, wo es ausdrücklich heisst, es sei untersagt, ein Produkt mit einer der Wirklichkeit nicht entsprechenden Herkunftsbezeichnung zu versehen. Das bedeutet hier, die Benutzung des Zeichens sei für Produkte verboten, deren Qualität dem Qualitätshinweis des Zeichens nicht entspreche. Dieses Kennzeichnungsverbot ist nicht einfach eine Proklamation; es ist gemäss Art. 24 lit. f in Verbindung mit Art. 27 Ziff. 2 lit. a MSchG auf dem zivilrechtlichen Klageweg durchsetzbar[93].

Es fragt sich nun, welchen Qualitätsstand das Produkt einhalten muss, damit es im Sinne von Art. 18 MSchG kennzeichnungswürdig ist. — Es ist dies die Qualität, die den Ruf der Herkunftsbezeichnung geformt hat und ihn weiterhin stützt, mit andern Worten der Qualitätsstand, welcher von den meisten Produzenten des Orts beachtet wird und somit als ortsüblich gelten darf. — Eine Anwendung des Kennzeichnungsverbots von Art. 18 Abs. 3 setzt also voraus, dass zuvor der als Vergleichsbasis benötigte «ortsübliche» Qualitätsstand ermittelt wird.

IV. Ermittlung des verbindlichen Qualitätsstandes

1. Bestimmungsmethoden

Nach den heute gebräuchlichen Methoden geht eine Qualitätsermittlung in der Weise vor sich[94], dass das Produkt technologisch getestet wird, dass seine Funktion, die es nach seiner typischen Zweckbestimmung aus-

[93] So auch DAVID S. 249 N 16 zu MSchG 18; anders BRETSCHER S. 77 f. Zwar erklärt Bretscher, dass hier die Kennzeichnung schlechter Ware gegen Treu und Glauben verstosse und auch das Publikum täusche. Er meint dann aber, dieser Missbrauch des Zeichens sei nicht gestützt auf Art. 18 Abs. 3 MSchG, sondern gestützt auf OR 48 (heute Art. 1 Abs. 2 lit. b UWG) zu verfolgen. — Bretscher verkennt damit den sachlogischen Zusammenhang zwischen Abs. 1 und Abs. 3 des Art. 18 MSchG. Denn es ist nicht einzusehen, weshalb sich das Missbrauchsverbot von Abs. 3 nicht auch auf die Kennzeichnung minderwertiger Produkte bezieht, nachdem Abs. 1, gemäss seiner Definition der Herkunftsbezeichnung als Zeichen mit Ruf, beim kennzeichnungswürdigen Produkt eine schätzenswerte Beschaffenheit voraussetzt. — Die übrige Lehre setzt eine «besondere Güte» voraus; sie schweigt sich aber über die rechtlichen Folgen einer Kennzeichnung schlechter Erzeugnisse aus.

[94] Dazu SCHLUEP S. 71 f., S. 88.

übt[95], bisweilen auch das Produktionsverfahren oder die handelsmässige Aufbereitung gewertet werden[96]. Die hierdurch gewonnenen Ergebnisse erlauben dann, die verbindlichen Qualitätsmerkmale der kennzeichnungswürdigen Ware zu definieren. Damit ist die Vergleichsbasis für den Nachweis geschaffen, ob und inwiefern nun das für minderwertig gehaltene Produkt tatsächlich auch schlechter sei als die Erzeugnisse ortsüblicher Qualität. — Der verbindliche Qualitätsstand darf aber nicht so starr und eng festgelegt werden, dass eine Fortentwicklung des Produkts behindert oder gar verunmöglicht wird[97].

2. Qualitätsnormen

Eine sachliche Qualitätswertung setzt sachliche, nämlich messbare und wägbare Kriterien voraus[98]. Mitunter müssen aber auch nur sinnlich erfassbare Kriterien beigezogen werden, so etwa bei gewissen Lebensmitteln, Textilien usw. Von Fachleuten gehandhabt, können sie zu einer objektiven Qualitätswertung der Ware beitragen. Man denke etwa an die bei der Schweizerischen Käseunion gebräuchliche Qualitätswertung des Greyerzer- und Emmentalerkäses, in der auch das Aroma massgebend berücksichtigt wird. Ein geschmackliches Kriterium spielt auch bei der Klassierung der Weine eine Rolle. So wird in Art. 343 der Lebensmittelverordnung (LMV) festgelegt, dass Weine, die infolge ungeeigneter Gewinnung oder Kellerbehandlung ihre Qualitätsmerkmale oder ihren *Charakter* verloren haben, nicht unter der bekannten Herkunftsbezeichnung vertrieben werden dürfen.

Für eine objektive Qualitätsbestimmung sind aber auch Kriterien nötig, die nach dem jeweiligen Stand der wissenschaftlichen Technik über die Güte einer Ware Aufschluss geben. Es gibt einige Wirtschaftszweige, in

[95] Eine solche Funktionswertung spielt zum Beispiel bei der obligatorischen Qualitätskontrolle der Schweizer Uhr eine massgebende Rolle, indem die Ganggenauigkeit bei verschiedenen Temperaturen und bei verschiedener Lage der Uhr ermittelt und gewertet wird.

[96] Den vorliegenden Qualitätsbegriff, nämlich die mess- oder wägbare Qualität, umschreibt SCHLUEP als Qualität im objektiven Sinn, S. 71 und 73 oben.

[97] Vgl. Botschaft des Bundesrats zum Uhrenstatut, BBl 1960 II S. 1530 f.: «Die neu vorgesehene Kontrolle (scil. die Qualitätskontrolle) hat auf jeden Fall dem Postulat der Wettbewerbsneutralität zu genügen; ... Anderseits dürfen die Qualitätskriterien nicht in einer so starren Weise gefasst werden, dass sie keine Anpassung an die sich dauernd verändernden technischen Verhältnisse mehr erlauben würden.»

[98] Vgl. Botschaft des Bundesrats zum Uhrenstatut, a. a. O. S. 1530: «Zunächst ist davon auszugehen, dass derartige Kriterien sich nur auf technisch messbare Eigenschaften der Uhr beziehen sollen, um auf diese Weise das Hineinspielen von reinen Ermessensfragen in bezug auf Aussehen und Geschmack zum vorneherein auszuschalten.»

Genau solche Produkte entwickelt worden sind. So gibt es z. B. eine gut ausgebaute Qualitätsordnung für das Schweizer Bier, sie ist vom Versuchsamt des Schweizerischen Bierbrauer-Vereins geschaffen worden. Ferner hat die Schweizerische Normenvereinigung für Produkte verschiedener Branchen Normen mit Qualitätsdefinitionen geschaffen. Daneben haben verschiedene Branchenverbände z. B. der Verein Schweizerischer Maschinen-Industrieller, der Schweizerische Elektrotechnische Verein, die Fédération Horlogère Suisse usw. für ihre Branchen zum Teil sehr eingehende Qualitätsnormen entwickelt, die ständig erweitert und verfeinert werden[9]. Man versucht heute auch, die noch sehr zersplitterte Qualitätsforschung zu koordinieren und diese Forschung umfassend und systematisch zu betreiben. Mit dieser Aufgabe befasst sich vor allem die vor einigen Jahren gegründete Schweizerische Arbeitsgemeinschaft für Qualitätsforderung (SAQ), der gegenwärtig schon mehr als hundert der bedeutendsten Firmen unseres Landes angehören. Die SAQ setzt sich unter anderem dafür ein, dass allmählich in allen Wirtschaftszweigen Qualitätsbegriffe geschaffen, organisatorische und technische Mittel zur Lösung der Qualitätsprobleme gefunden werden und dann eine betriebliche Qualitätsschulung eingeführt wird[10].

V. Schutz der Qualitätsfunktion

1. Bedeutung

Die geographische Herkunftsbezeichnung wird in der Regel zusammen mit der Marke des einzelnen Unternehmens gebraucht. Dieser parallele Gebrauch der Herkunftsbezeichnung hat, abgesehen von ihrer oft zusätzlich gegebenen Funktion, eine Warensorte oder Warengattung zu benennen[11], nur dann einen Sinn, wenn sie als besonderes Werbemittel dienen kann.

[9] Für verschiedene Warengattungen gibt es öffentlich-rechtliche Qualitätsnormen, beispielsweise die Bestimmungen für die Schweizer Uhr, basierend auf Art. 2 ff. der Uhrenstatute vom 20. 6. 1961 (AS 1961 S. 1085 ff., BS 10, 896), und 1699 ff.), dann die in weiten weit über den blossen Gesundheitsschutz hinausreichende Qualitätsordnung für Lebensmittel in der Lebensmittelverordnung (LMV), beispielsweise für Obst in Art. 186 ff., vor allem aber für Weine in Art. 331 ff. (vgl. dazu Gelzer/Bühler S. 77 ff.). Soweit diese Normen zwingend sind, was für die meisten zutrifft, kommen sie für eine Qualitätsermittlung nach Art. 13 ff. MSchG weniger in Frage, weil sie je schon die Beschaffenheit des schlechthin verkehrs- und handelsüblichen Produkts festlegen.

[10] Auskunft der SAQ, vgl. auch NZZ vom 3. 5. 1966 Nr. 1949 Blatt 4. Die SAQ orientiert über ihre Tätigkeit vierteljährlich in einem Bulletin.

[11] Dies gilt bei Käse beispielsweise für die Bezeichnungen «Appenzeller» und «Emmentaler».

Den besonderen Werbedienst wird sie jedoch nur dann leisten, wenn sicher ist, dass ihre Qualitätsaussage auch eingehalten wird. Aber gerade das soll bei der in Art. 18 ff. MSchG geregelten Herkunftsbezeichnung nicht gewährleistet sein. Sie sei keine «Ursprungsbezeichnung» im Sinne des französischen Rechts, welche eine bestimmte Qualität auch garantiere. Diese Auffassung vertreten Troller und Geisser[102].

Es trifft zu, dass nicht schon «die faktischen Zusammenhänge des Marktgeschehens»[103] eine solche Qualitätsfunktion des Zeichens sichern. Sie allein können einen Unternehmer nicht davon abbringen, höhere Gewinne dadurch zu machen, dass er die Herkunftsbezeichnung für minderwertige und damit billigere Produkte benutzt und diese so gekennzeichnet als gute Produkte teuer verkauft[104]. Ein Homo oeconomicus wird zwar diesen Missbrauch unterlassen, um nicht die Werbekraft des Zeichens zu schädigen. Doch wiegen die Gründe, die ihn zur Unterlassung bewegen, bei einer Herkunftsbezeichnung weit weniger schwer als bei einer Handels- oder Fabrikmarke. Das ist darauf zurückzuführen, dass der Goodwill einer Herkunftsbezeichnung, die im Unterschied zu jenen Marken von mehreren Gewerbetreibenden benutzt wird, nicht auf den Leistungen eines einzelnen Unternehmers, sondern auf den Leistungen mehrerer Unternehmer beruht. Dies kann den einzelnen Benutzer des Zeichens zur Annahme verleiten, er könne die Herkunftsbezeichnung wenigstens kurzfristig für minderwertige Produkte benutzen, ohne dadurch die Werbekraft merklich zu schädigen[105]. Er hat auch Anlass anzunehmen, das Publikum werde diesen Missbrauch erst nach längerer Zeit aufdecken; er werde somit das Zeichen wenigstens für einige Zeit missbrauchen können, ohne Gefahr zu laufen, als Anbieter schlechter Erzeugnisse erkannt zu werden. Er begründet dies damit, dass die Qualitätserwartung, die das Publikum an die Herkunftsbezeichnung knüpft, von den guten Produkten der andern Zeichenbenutzer bestätigt werde. Daraus schliesst er, das Publikum wolle anfänglich gar nicht glauben, sondern erkenne erst nach längerer Zeit, dass unter demselben Zeichen auch minderwertige Erzeugnisse angeboten werden.

[102] TROLLER I S. 381 f.; GEISSER S. 81.

[103] Ausdrucksweise bei SCHLUEP S. 72.

[104] Zur faktischen Qualitätsgarantie der Marke vgl. SCHLUEP S. 71—74.

[105] Als Beispiel sei hier das Verhalten einzelner Schweizer Uhrenfabrikanten erwähnt, das die Einführung einer technischen Qualitätskontrolle der Schweizer Uhr veranlasst hat. In der Botschaft des Bundesrats zum Uhrenstatut (BBl 1960 II S. 1529) heisst es hierzu: «Denn es besteht immer wieder die Gefahr, dass einzelne Unternehmer, ..., aus kurzfristigen Profiterwägungen ... die Qualität ihrer Erzeugnisse vernachlässigen und so langfristig den Goodwill der Schweizer Uhr schädigen.»

All dies zeigt, dass die Qualitätsfunktion des Zeichens, die hier eine besondere Bedeutung besitzt, ohne rechtliche Sicherung nicht gewährleistet ist[106].

2. Kritik am gegenwärtigen Schutz

Das Gesetz sieht für den Schutz der Qualitätsfunktion ein Mittel vor. Es handelt sich um das bereits erwähnte, auf dem zivilrechtlichen Klageweg durchsetzbare Verbot, die Herkunftsbezeichnung für minderwertige Produkte zu benutzen. Allerdings besitzt dieser Schutz (durch ein Gebrauchsverbot) nur eine theoretische Bedeutung; er ist noch nie beansprucht worden. Jedenfalls konnten Entscheide hierüber nicht gefunden werden. Das mag verschiedene Gründe haben:

Zunächst weiss man vielerorts wohl gar nicht, dass es den Schutz überhaupt gibt. In andern Fällen wird man wohl schon deshalb auf ihn verzichten, weil es viel Mühe kostet oder einen grossen Aufwand erfordert, die Minderwertigkeit der Produkte klar nachzuweisen[107]. Hinzu kommt, dass sich dieser Schutz in der gegebenen Form nicht eignet, kurzfristig und sporadisch auftretende Qualitätsverstösse schnell zu erfassen und zu verfolgen, weil er auf dem Prozessweg erstritten werden muss. Das ist umständlich und braucht viel Zeit. Auch ist ein auf diesem Weg erwirktes Gebrauchsverbot nur begrenzt wirksam. Es bleibt auf Produkte beschränkt, die so qualitätswidrig sind, wie es im zugrundeliegenden Entscheid festgestellt ist. Benutzt derselbe Unternehmer das Zeichen für Produkte, die in anderer Weise minderwertig sind, so muss gegen ihn ein neues Verfahren

[106] Auch dieser Schutz kann als «innerer Zeichenschutz» oder als Schutz des Zeichens «nach innen» umschrieben werden, weil er sich gegen den Missbrauch durch Gewerbetreibende richtet, die an sich die Herkunftsbezeichnung verwenden dürfen, weil sie im Herkunftsgebiet ansässig sind (vgl. vorne S. 29 f.) — Demgegenüber kann der Schutz einer Herkunftsbezeichnung vor einer Benutzung seitens solcher Unternehmen, die nicht im genannten Gebiet ansässig sind, als Schutz des Zeichens «nach aussen» bezeichnet werden.

[107] Es gibt in unserem Land auch nicht viele geographische Herkunftsbezeichnungen, wenn man von den öffentlich-rechtlich geregelten Weinbezeichnungen absieht. Das ist aus Anlage B des schweizerisch-deutschen Vertrags über den Schutz von Herkunftsangaben und anderen geographischen Bezeichnungen vom 7.3.1967 (AS 1969 S. 551 ff.) zu schliessen, die, wie man wohl annehmen darf, ein ungefähres Bild von den wesentlichsten schweizerischen Herkunftsbezeichnungen gibt. Sie enthält bei den Gewerbe- und Industrieprodukten nur wenige Zeichen im Sinne von Art. 18 ff. MSchG (darunter Brienzer Schnitzereien, Brienzer Uhren, Zürcher Seide). Den weit überwiegenden Teil machen die nur von einzelnen Unternehmen benutzten Herkunftsangaben aus, wie Bülacher Glas, Chamer Papier usw.

durchgeführt werden[108]. Ferner bindet ein solches Gebrauchsverbot bloss jenen Missbraucher (sowie dessen Rechtsnachfolger), gegen den geklagt worden ist, nicht aber andere Missbraucher. Gegen sie muss gesondert geklagt werden[109]. Hierbei können bereits ergangene Entscheide allenfalls als Präjudizien dienen.

3. Verbesserungsmöglichkeiten

A) Eingriff ins Prozessrecht

Die erwähnten Nachteile lassen sich teilweise beheben, wenn man rechtskräftige Entscheidungen, in denen Qualitätsmerkmale des kennzeichnungswürdigen Produkts festgelegt werden oder die sich mit seiner Beziehung zum Herkunftsort befassen, für alle Benutzer des Zeichens verbindlich werden lässt[110]. Eine solche Erweiterung der Rechtskraft über die Prozessparteien hinaus setzt jedoch voraus, dass auch die andern Zeichenbenutzer in ein solches Verfahren eingreifen können, weil nun auch ihre Interessen durch den daraus hervorgehenden Entscheid betroffen werden[111]. Es muss ihnen angezeigt werden, dass ein Prozess hängig ist, an dem sie teilnehmen können, und sie müssen in der Lage sein, ihre Interessen unabhängig zu vertreten. — Die meisten kantonalen Zivilprozessordnungen sehen jedoch eine solche Mitwirkungsmöglichkeit nicht vor. Sie müsste somit durch Bundesrecht geschaffen werden. Es ist aber sehr zweifelhaft, ob ausgerechnet die geographischen Herkunftsbezeichnungen den Gesetzgeber veranlassen können, ausnahmsweise in den den Kantonen vorbehaltenen Bereich des Zivilprozessrechts einzugreifen; zweifelhaft deshalb, weil die wirtschaftliche Bedeutung der Herkunftsbezeichnungen — von einigen Ausnahmen abgesehen, die teilweise schon gut geregelt sind (Weinbezeichnungen) — nicht besonders gross ist. Es fehlt hier also schon der Anlass, der für diesen Eingriff gewichtig genug wäre. Als weiterer Vorbehalt gegen diese Variante kommt hinzu, dass die kantonalen Gerichte durch die hier zu lösenden wissenschaftlich-techni-

[108] VON BÜREN S. 168 N 11.

[109] GULDENER S. 130; vgl. auch TROLLER II S. 1041 f.

[110] So im französischen Recht gemäss Gesetz vom 6. Mai 1919, dazu ROUBIER II S. 760—762, S. 772—775, S. 778 ff.; CHRISTIAN, GRUR Ausl. 1957 S. 481.

[111] Gemäss dem im Zivilprozessrecht geltenden Grundsatz, «dass niemand durch die Prozessführung eines andern sich in seiner eigenen Rechtslage beeinträchtigen lassen muss» (KUMMER, Das Klagerecht S. 140, 142).

schen Probleme sehr leicht überfordert werden[112]. So ist mit Urteilen zu rechnen, die den Spielraum für eine Fortentwicklung des Produkts zu sehr beengen und dadurch den Qualitätswettbewerb behindern oder gar verunmöglichen. Das wäre hier — bei allgemein verbindlichen Entscheidungen — besonders bedenklich, weil nun alle Benutzer des Zeichens derweise behindert würden.

B) Gesetzliche Festlegung der Kriterien

Man kann einen Schritt weitergehen und die Gebrauchsbedingungen für die einzelne Herkunftsbezeichnung, d. h. die Qualitäts- und Herkunftskriterien für das kennzeichnungswürdige Produkt, gesetzlich festlegen[113]. Dabei kann sich das Bundesrecht auf ein allgemeines Verbot beschränken, Herkunftsbezeichnungen für minderwertige Produkte zu verwenden, wenn gleichzeitig die Kantone zur Regelung des Einzelfalles ermächtigt werden. — Für eine entscheidende Verbesserung des Zeichenschutzes nach innen reichen allerdings gesetzliche Gebrauchsregeln nicht aus, wenn Verstösse gegen sie nach wie vor vom einzelnen Zeichenbenutzer auf dem Prozessweg verfolgt werden müssen. Zu einem wirksamen Zeichenschutz gehört vielmehr auch eine lückenlose Kontrolle darüber, dass jeder Benutzer die Gebrauchsbedingungen beachtet. Diese Kontrolle wird am zweckmässigsten einem besonderen Organ anvertraut. Das Organ muss ermächtigt sein, auf den einzelnen mit dem nötigen Zwang einzuwirken; es hat ferner zur Aufgabe, das Zeichen nach aussen zu schützen[114].

Aber auch gegen diese Variante gibt es Einwände. Ursache dazu ist einmal der Umstand, dass der Gesetzgeber hier eine Funktion ausübt, welche grundsätzlich Sache der Privatwirtschaft ist. Dann ist eine gesetzliche Fest-

[112] Eine Überforderung der Gerichte ist weniger zu befürchten in Kantonen mit einem Handelsgericht; sie fehlt schliesslich ganz, wenn es für einen bestimmten Wirtschaftsbereich ein Fachgericht gibt. So gibt es im Kanton St. Gallen ein Fachgericht für die Stickerei-Industrie. Es handelt sich um ein staatliches Sondergericht, das Streitigkeiten zu entscheiden hat, welche die Stickwarenproduktion betreffen, vorausgesetzt, dass sie sich auf einen Dienst- oder Werkvertrag beziehen (vgl. SAMUEL TEITLER, Das Fachgericht für die Stickerei-Industrie in St. Gallen, Diss. Zürich 1923, S. 20—24). Streitigkeiten aus dem Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes und des Wettbewerbsrechts kann dieses Gericht de lege lata leider nicht entscheiden, obschon gerade es als Fachgericht dazu berufen wäre.

[113] Vgl. die Regelung der «appellations contrôlées» für Weine und Liköre im französischen Recht. Gemäss Gesetz vom 30. Juli 1935 können die Gebrauchsbedingungen auf dem Verordnungsweg festgelegt werden (dazu ROUBIER II S. 790 ff.; CHRISTIAN, GRUR Ausl. 1957 S. 481; GEISSER S. 221 ff.).

[114] Zum Schutz des Zeichens nach aussen vgl. vorne S. 39 Anm. 106.

legung der Benutzungsregeln auch sehr umständlich und verursacht einen grossen Aufwand. Deshalb kann man dem Gesetzgeber nur die Regelung wirtschaftlich bedeutender Herkunftsbezeichnungen zumuten. Des weiteren muss eine Änderung gesetzlicher Richtlinien auch wieder auf dem Gesetzesweg erfolgen. Das braucht Zeit und ist deshalb dort nicht praktikabel, wo das Erzeugnis ständig fortentwickelt wird. Wo indessen die Beschaffenheit des Produkts mehr oder weniger gleichbleibt — das trifft vor allem für bearbeitete Naturprodukte zu, wie Weine, Liköre, Käse usw. —, so dass die Qualitätsrichtlinien nicht oder nur selten geändert werden müssen, kann ein nach dieser Variante gestalteter Zeichenschutz am Platz sein. Die in der Lebensmittelverordnung und in kantonalen Erlassen festgelegte Gebrauchsregelung für Weinbezeichnungen bestätigt es[115].

C) Privatwirtschaftliche Lösung

Praktikabler ist es jedoch, wenn die Kriterien von den Zeichenbenutzern selbst festgelegt werden, d. h. wenn sich die Benutzer einer Herkunftsbezeichnung ihre «Satzung» für den Zeichengebrauch selbst geben. Dazu müssen sie sich organisieren: Sie müssen ein Organ bestellen, das die nötigen Qualitäts- und Herkunftskriterien festlegt und befugt ist, dafür zu sorgen, dass auch jeder diese Normen beachtet[116]. — Eine solche Regelung setzt gesetzlich umschriebene Bedingungen voraus, unter denen diese Gebrauchskontrolle im Einzelfall eingeführt werden kann. Als Bedingungen kommen hier etwa in Frage, dass sich die Mehrheit der Zeichenbenutzer für den so geregelten Zeichengebrauch ausspricht oder dass diejenigen von ihnen, die ihn befürworten, mehr als die Hälfte der fraglichen Produkte herstellen oder umsetzen[117]. Ferner muss eine aus unabhängigen Fachleuten bestehende Kontrollstelle eingesetzt werden, die wie ein Schiedsgericht befugt ist, unhaltbare, insbesondere die Fortentwicklung des Produkts hemmende Richtlinien und Massnahmen des den Zeichengebrauch regelnden Organs zu korrigieren.

[115] Eine Übersicht über diese kantonalen Ordnungen gibt GEISSER S. 85 ff.

[116] Die Aufgaben eines solchen Organs passen ohne weiteres ins Pflichtenheft der in Art. 7bis MSchG als Inhaberin der Kollektivmarke genannten Vereinigung (dazu KRNETA S. 20 f.; zum Zweck der Kollektivmarke vgl. Krneta S. 24 ff.). So könnte ein dieser Variante (Variante C) entsprechender Zeichenschutz auch dadurch erreicht werden, dass die Herkunftsbezeichnung als besonders ausgestaltete Kollektivmarke geschützt würde (vgl. MATTER S. 188).

[117] Man könnte hier von einer Zwangsgemeinschaft sprechen, wie sie das ZGB in ähnlicher Weise in Art. 703 bei Bodenverbesserungen kennt.

4. Internationale Bedeutung einer Schutzänderung

Eine Neugestaltung des Schutzes geographischer Herkunftsbezeichnungen im Sinne einer dieser drei Varianten hätte zur Folge, dass beim einzelnen Zeichen die Gebrauchsbedingungen «mit Wirkung für und gegen alle»[118] Benutzer festgelegt würden. Damit wäre in unserem Landesrecht die Voraussetzung für einen Beitritt der Schweiz zum Lissaboner Abkommen über den Schutz von Ursprungsbezeichnungen (LUA) vom Jahre 1958 erfüllt[119]. Dieses Abkommen schützt nur Ursprungsbezeichnungen, d. h. Bezeichnungen, bei denen die Qualitätsmerkmale des kennzeichnungswürdigen Produkts und seine Beziehung zum Herkunftsort für alle Zeichenbenutzer verbindlich definiert sind[120].

§ 5. HERKUNFTSBEZEICHNUNG UND GATTUNGSANGABE

I. Die Bedeutung von Art. 20 MSchG

Geographische Herkunftsbezeichnungen, die infolge Nachlässigkeit der Benutzer oder wegen einer mangelhaften früheren Gesetzgebung nicht geschützt worden sind, so dass sie allmählich zu Namen von Warengattungen oder Warensorten entarten konnten, gehören nach Moser von Filseck zu den «Sünden der Vergangenheit». Moser verlangt, dass diese Sünden liquidiert werden[121]. Art. 20 des Markenschutzgesetzes handelt von diesen Sünden. Von einer Sündenliquidation spricht dieser Artikel zwar nicht. Er stellt fest, dass geographische Namen, die nicht mehr die Herkunft, sondern die «Natur des Produkts» bezeichnen, keine falschen Herkunftsbezeichnungen im Sinne des Gesetzes sind. Man kann aber doch daraus entnehmen, dass nur solche Namen allgemein verwendet werden dürfen, die tatsächlich zu Gattungsangaben entartet sind, und dass die ratio legis jedenfalls nicht

[118] Ausdrucksweise bei BEIER S. 173.

[119] Unser Land betrachtet das LUA mit Vorbehalten. Man sieht einen entscheidenden Nachteil dieses Abkommens darin, dass es, ähnlich wie das Madrider Herkunftsabkommen, dem einzelnen Signatarstaat die Möglichkeit gibt zu bestimmen, welche Ursprungsbezeichnungen der andern Signatarländer er vertragsgemäss schützen will (vgl. Art. 5 Abs. 3 LUA und Art. 4 MHA). Der Schutz des LUA ist allerdings strenger als der im Madrider Abkommen festgelegte; er richtet sich sowohl gegen jede widerrechtliche Nachahmung oder Aneignung des Zeichens als auch gegen die Benutzung von entlokalisierenden Zusätzen (nach Art von, à la, Façon, Typ usw.) und schliesst eine Entartung zur Gattungsangabe aus (vgl. KRIEGER, GRUR Ausl. 1959 S. 97 ff., S. 135 f.; BEIER S. 172; TROLLER Mehrseitige Verträge S. 67 f.).

[120] Vgl. BEIER S. 171 f., insbesondere S. 172.

[121] MA 1955 S. 195; vgl. auch BUSSMANN, GRUR 1965 S. 281, 287.

dahin geht, eine Entartung zur Gattungsangabe leichthin anzuerkennen und eine Rückwandlung zur geographischen Herkunftsbezeichnung ein für allemal auszuschliessen. Die hier im Vordergrund stehenden Interessen der Gewerbetreibenden des namengebenden Orts und das Interesse des Publikums an Nicht-Täuschung[122] lassen einen Bedeutungswandel zur Gattungsbezeichnung nämlich nur beschränkt zu; zum Schutz dieser Interessen muss auch eine Rückwandlung anerkannt werden, vor allem wenn das Publikum die Bezeichnung wiederum als Herkunftsangabe begreift.

In Doktrin und Praxis wird denn auch die Auffassung vertreten, dass eine Umwandlung zur Gattungsangabe erst dann anerkannt werden dürfe, wenn sich die neue Namensbedeutung bei jeder Kategorie des beteiligten Verkehrs durchgesetzt habe[123]. Auf die Publikumsauffassung kann es aber nicht allein ankommen, da die Frage, ob das Zeichen als Herkunftsangabe geschützt oder als Gattungsbezeichnung anerkannt werden soll, auch das Interesse der Unternehmen im namengebenden Gebiet berühren kann. Auch dieses Interesse muss hier berücksichtigt werden. Deshalb darf ein Wandel zur Gattungsangabe nur unter der Voraussetzung anerkannt werden, dass diese Unternehmen am Schutz des Zeichens als Herkunftsangabe nicht mehr interessiert sind. Ein solches Desinteresse liegt dann vor, wenn sie einen allgemeinen Gebrauch der Bezeichnung schon seit vielen Jahren geduldet haben, so dass sie sich nun durch eine Geltendmachung des Schutzes in Widerspruch zu ihrer bisherigen Untätigkeit setzen und damit gegen Treu und Glauben verstossen würden[124].

Nach Art. 20 MSchG kommt zur Voraussetzung eines viele Jahre zurückreichenden, allgemeinen Zeichengebrauchs noch eine weitere hinzu. Nach Art. 20 darf das Zeichen nur unter der Bedingung als Gattungsangabe benutzt werden, dass es in der «Handelssprache» nicht mehr die Herkunft, sondern die «Natur» des Produkts bezeichnet. Ein solcher Wandel in der Handelssprache ist aber nur möglich, wenn diese allgemeine Benutzung zur bewährten Gepflogenheit der betreffenden Branche geworden ist[125]. Denn nur eine solche Gepflogenheit kann ihren Niederschlag in der «Handelssprache» finden und die Bedeutung eines dortigen Begriffs wan-

[122] «Publikumsinteresse an Nicht-Täuschung», Begriffsumschreibung bei HAUSER S. 48, 85, 98, 137 usw.

[123] TROLLER I S. 396; DAVID S. 255 f. N 4 zu MSchG 20; MATTER S. 199; BEIER S. 180; BUSSMANN, GRUR 1965 S. 283 ff.

[124] Ihr Unterlassungsanspruch ist zufolge verspäteter Ausübung verwirkt (zur Verwirkung vgl. vorne S. 7 Anm. 15.

[125] Unbeachtlich ist somit eine von der Tendenz bestimmte «Übung» einer Branche, «eine renommierte Herkunftsbezeichnung in eine Qualitätsbezeichnung [oder in eine Gattungsangabe schlechthin] umzuwandeln» (BGE 33 I 200), um der Branche eine werbekräftige Warenbezeichnung zu verschaffen.

deln [126]. Hierbei spielt zunächst ein zeitliches Moment eine Rolle: Die Bezeichnung muss *seit Jahrzehnten* allgemein, d. h. als Gattungsangabe, gebraucht worden sein. Ferner kommt es darauf an, dass sie in dieser Zeit von *zahlreichen* Gewerbetreibenden benutzt worden ist und dass diese Benutzer gegenüber den Konkurrenten des namengebenden Gebiets in einer *erdrükkenden Mehrheit* gewesen sind und den weitaus grössten Teil der so benannten Produkte hergestellt und vertrieben haben.

II. Zum Nachweis des Bedeutungswandels

Ein strenger Schutz der geographischen Herkunftsbezeichnung vor Entartung zur Gattungsangabe setzt nicht nur voraus, dass man an einen Bedeutungswandel strenge Anforderungen stellt. Er verpflichtet auch dazu, eine Entartung zum Gattungsnamen nur dann anzuerkennen, wenn sie tatsächlich auch nachgewiesen wurde. Aus diesem Grund reicht es für den Nachweis, dass sich eine Bezeichnung zum Warennamen gewandelt habe, nicht aus, einige Unternehmen zu benennen, die die Angabe schon seit vielen Jahren als Warennamen benutzen. Dasselbe gilt für mangelhaft begründete Parteiannahmen in früheren Prozessen, nicht substantiierte Äusserungen in Gesetzeskommentaren, Lexiken, Lehrbüchern oder anderswo im Schrifttum darüber, dass eine Bezeichnung zur Gattungsangabe geworden sei [127]. Nachzuweisen ist ja, wie bereits dargetan, dass die Bezeichnung seit Jahrzehnten schon von zahlreichen Gewerbetreibenden allgemein benutzt worden ist und dass die Benutzer gegenüber den Konkurrenten des namengebenden Gebiets in einer erdrückenden Mehrheit gewesen sind und den weitaus grössten Teil der so benannten Erzeugnisse hergestellt oder vertrieben haben. — All dies muss durch überprüfbare Angaben, insbesondere durch Angaben über die Zahl der Benutzer in und ausserhalb des genannten Gebiets und über den Warenumsatz beider Benutzerkreise, für eine vieljährige Zeitspanne belegt werden. Nur so kann zuverlässig ermittelt werden, ob der allgemeine Zeichengebrauch zu einer bewährten, das Publikum nicht täuschenden Gepflogenheit der betreffenden Branche geworden sei. — Im Interesse eines strengen Schutzes geographischer Herkunftsangaben ist ein Weiteres zu beachten: Ein letzter Zweifel daran, ob nun der Nachweis einer Wandlung zur Gattungsangabe geglückt sei oder nicht, gibt stets den Ausschlag dafür, dass sich eine Herkunftsbezeichnung noch nicht zum Warennamen gewandelt hat.

[126] Das übersieht DAVID: Er erklärt, die «Handelssprache» entspreche der «Ausdrucksform der letzten Abnehmer» (S. 255 N 4 zu MSchG 20).

[127] So auch BUSSMANN, a. a. O. S. 284; anders der deutsche Bundesgerichtshof im «Kölnisch Wasser»-Entscheid, WRP 4/1965 S. 153.

Der hier geforderte strenge Schutz geographischer Herkunftsbezeichnungen wird dazu führen, dass sich mehrere vermeintliche Gattungsangaben letzten Endes dann doch als schutzwürdige Herkunftsbezeichnungen erweisen. Dies gilt mit einiger Sicherheit für die vor allem in den Kantonen Zürich und Aargau missbrauchte Bezeichnung «Zuger Kirschtorte», dann auch für die immer wieder für schweizerischen Wacholderbranntwein verwendete Benennung «Steinhäger»[128]. Endlich ist durch nichts nachgewiesen, dass die Bezeichnung «Willisauer Ringli» zu Recht als Gattungsangabe verwendet wird.

III. Rückbildung zur Herkunftsangabe

1. Interessenlage

A) Nach der Regel des Markenrechts

Die Frage, wann eine Gattungsangabe wieder zur gültigen geographischen Herkunftsbezeichnung geworden sei, stellt sich dann, wenn ein wachsender Teil des Publikums die Bezeichnung wieder als Herkunftsangabe versteht. Man könnte daran denken, diese Frage ähnlich wie im Markenrecht zu beantworten. Dort gilt die Regel, dass sich ein zum Warennamen degeneriertes Zeichen erst dann wieder zur gültigen Marke gewandelt hat, wenn es durch ausschliesslichen, länger dauernden Gebrauch seitens eines Unternehmens die verlorene Individualisierungskraft zurückgewonnen hat[129]. Man gibt jedoch zu, dass diese späte Anerkennung der Markenfähigkeit beim Publikum Täuschungen hervorrufen kann. Man ist jedoch der Auffassung, dass hier Täuschungen in Kauf zu nehmen sind, weil sonst leicht Zeichen monopolisiert werden, die der Verkehr nicht gut entbehren kann[130].

B) Besondere Lage bei den Herkunftsbezeichnungen

Bei näherer Betrachtung ergibt sich jedoch, dass ein Rückwandel zur geographischen Herkunftsbezeichnung nicht nach jenem markenrechtlichen Grundsatz geregelt werden kann. Die Rückgewinnung der Individualisie-

[128] Diese Benutzung des Namen «Steinhäger» ist nun nach dem schweizerisch-deutschen Vertrag über den Schutz von Herkunftsangaben und anderen geographischen Bezeichnungen nicht mehr erlaubt. Auch die Bezeichnung «Kölnisch Wasser» darf nicht weiter für in der Schweiz hergestelltes «Toilettenwasser» verwendet werden (vgl. Botschaft des Bundesrats zu diesem Vertrag vom 31. 1. 1968, BBl 1968 I S. 223).

[129] TROLLER I S. 364.

[130] Vgl. HAUSER S. 49.

rungskraft (i. e. der geographische Herkunftshinweis) erfordert hier nicht, dass das Zeichen während längerer Zeit nur noch von Unternehmen des namengebenden Gebiets benutzt wird. Diese Kraft geht nämlich nicht verloren, wenn es als Gattungsangabe verwendet wird; der neue Gebrauchszweck drängt sie nur in den Hintergrund. Sie lebt deshalb schon dann wieder auf, wenn das Zeichen nicht mehr in grossem Umfang allgemein gebraucht wird. Dies ist darauf zurückzuführen, dass hier die Individualisierungskraft — anders als bei der Marke — aus einer Bedeutung des Zeichens hervorgeht, die es als solches und damit unabhängig von seiner Funktion als Herkunftsangabe oder Warenname besitzt. Es handelt sich um eine geographische Bedeutung, weil das Wortzeichen ganz oder im wesentlichen aus einem geographischen Namen besteht. Selbstverständlich wird das Publikum diesen geographischen Namen auch dann erkennen, wenn er als Gattungsangabe benutzt wird, und wird zunächst — wie bei einer Herkunftsangabe — den genannten Ort mit der Ware in Beziehung bringen und ihn naheliegenderweise als ihren Herkunftsort betrachten[131]. Es wird sich dann aber erinnern, dass diese Beziehung zwischen Ort und Ware nicht mehr besteht; dass das Zeichen somit nicht mehr auf die Herkunft des Produkts hinweist. — Damit aber das Publikum den naheliegenden Herkunftshinweis «korrigiert» und die Bezeichnung als Gattungsangabe versteht, braucht es einen starken Beweggrund. Stark ist dieser Beweggrund aber nur dann, wenn *zahlreiche* Unternehmen die Bezeichnung als Gattungsangabe verwenden und wenn sie gegenüber den Konkurrenten im namengebenden Gebiet *in der grossen Überzahl* sind. — Umgekehrt verliert er sofort an Kraft, wenn schon eine der beiden Voraussetzungen nicht mehr erfüllt ist. Tritt dieser Fall ein, so wird ein wachsender Publikumskreis nicht mehr veranlasst, an das Fernliegende zu denken, d. h. den geographischen Herkunftshinweis des Zeichens zu «korrigieren» und es als Gattungsangabe zu verstehen. Die Bezeichnung ist dann wieder als geographische Herkunftsangabe zu schützen, damit Täuschungen des Publikums vermieden werden.

Man kann sich nur einen Grund vorstellen, der gegen diesen erneuten Schutz als Herkunftsangabe ins Gewicht fallen könnte. Er liegt dann vor, wenn das Zeichen als Warenname unentbehrlich ist und folglich für den allgemeinen Gebrauch offengehalten werden muss. Diesen Fall dürfte es jedoch selten geben, weil meistens eine andere Bezeichnung gefunden werden kann. So fehlt zum Beispiel ein echtes Offenhaltebedürfnis immer dort, wo die Gattungsangabe einen Ortsnamen enthält, der ohne weiteres weggelassen werden kann, ohne dass sie dadurch ihren Sinn verliert, beispiels-

[131] Andernfalls könnten Zusätze wie «echt» (z. B. echter Steinhäger), «uralt» usw. nicht «relokalisierend» wirken (vgl. BAUMBACH-HEFERMEHL I S. 571 f. N 103 zu DUWG 3).

weise bei der Bezeichnung «Zuger Kirschtorte». Es fehlt aber auch immer dann, wenn der Ortsname durch die Bezeichnung eines typischen Bestandteils der Ware, durch einen Hinweis auf den Gebrauchszweck des Produkts oder durch eine andere naheliegende Angabe ersetzt werden kann. So könnte man die nicht in Willisau hergestellten «Willisauer Ringli» als «Honig Ringli», das nicht in Köln fabrizierte «Kölnisch Wasser» als «Toilettenwasser» bezeichnen. — Die deutsche Doktrin geht noch weiter und vertritt die Auffassung, ein bemerkenswertes Offenhaltebedürfnis bestehe selbst dann nicht, wenn eine Ersatzangabe erst gebildet werden müsse[132]. Sie verweist hierbei auf den Versailler Vertrag, der in Art. 275 die Benutzung der Namen «Cognac» und «Champagner» für deutschen Brannt- und Schaumwein verbot. Man ersetzte die Namen durch die neu geschaffenen Bezeichnungen «Sekt» und «Weinbrand». — Diese Beispiele zeigen, dass Fälle kaum noch möglich sind, in denen ein Offenhaltebedürfnis den Rückwandel zur Herkunftsangabe in Frage stellen kann.

2. Würdigung der Interessenlage in der deutschen Praxis

Die einheimische Praxis hatte bislang noch keine Gelegenheit, sich darüber auszusprechen, ob, abweichend von der erwähnten markenrechtlichen Regel, eine erleichterte Rückwandlung entarteter Herkunftsbezeichnungen möglich sei. Demgegenüber wurde diese Frage in der deutschen Judikatur schon einige Male behandelt. In einem der letzten Entscheide hierüber klärte der deutsche Bundesgerichtshof die Frage ab, ob die Vorinstanz für die Angabe «Kölnisch Wasser» einen Rückwandel zur Herkunftsbezeichnung zu Recht abgelehnt hatte[133]. Dabei stützte er die Vorinstanz, die an einen Rückwandel sehr strenge, der markenrechtlichen Rückwandlungsregel nahekommende Anforderungen gestellt hatte. Er war nicht bereit, dem Publikumsinteresse an Nicht-Täuschung eine ausschlaggebende Bedeutung beizumessen. Keine Bedeutung mass er auch dem Umstand bei, dass die Bezeichnung nur in geringem Umfang von Unternehmen ausserhalb des namengebenden Gebiets benutzt wurde, was meines Erachtens aber gerade für einen Rückwandel ins Gewicht fallen müsste. Demgegenüber stellte der Bundesgerichtshof vor allem solche Gesichtspunkte in den Vordergrund, die nach seiner Auffassung dafür sprachen, dass «Kölnisch Wasser» zu Recht als Gattungsangabe betrachtet worden war. Er nannte hier vor allem das erwähnte Offenhaltebedürfnis, dann die Rechtssicherheit, die angeblich verletzt würde, wenn Unternehmen ausserhalb des namengebenden Gebiets auf die Angabe verzichten müssten[134].

[132] MOSER VON FILSECK, MA 1955 S. 195; BUSSMANN, a. a. O. S. 287.
[133] Vgl. WRP 4/1965 S. 152 ff.
[134] a. a. O. S. 153.

3. Würdigung der Interessenlage in der deutschen Lehre

Bussmann hat das «Kölnisch Wasser»-Urteil des deutschen Bundesgerichtshofes eingehend kritisiert und dabei die für und wider die Rückwandlung sprechenden Interessen untersucht[135]. Da die Ergebnisse seiner Untersuchung überzeugen, sollen sie in den entscheidenden Punkten nachgezeichnet werden.

In seiner Untersuchung stellt Bussmann zunächst fest, es erwecke den Eindruck, dass man der Rechtssicherheit wegen, und um die Interessen der Drittbenutzer zu schützen, an die Rückwandlung besonders hohe Anforderungen stelle. Wenn man schon davon ausgehen wolle, dass sich die fragliche Bezeichnung bereits zum Gattungsnamen entwickelt habe, so sei es richtig, eine Rückbildung zur Herkunftsangabe mit Vorsicht anzunehmen. Denn eine Bezeichnung, die jahrzehnte- oder gar jahrhundertelang als Warenbezeichnung angesehen worden sei, sei in vielen Fällen gutgläubig so benutzt worden. Die Benutzer hätten hier nicht versucht, den guten Ruf eines Orts auszunutzen; sie hätten vielmehr geglaubt, ihre Erzeugnisse so bezeichnen zu dürfen und vielleicht auch bezeichnen zu müssen, weil keine andere Benennung verfügbar sei. Diese gutgläubigen Benutzer könnten nun geschädigt werden, wenn sie auf eine Bezeichnung verzichten müssten, die sie seit Jahren führen durften. Das sei aber auch der einzige Grund, der gegen eine allzu schnelle Rückwandlung spreche. Werde aber die Bezeichnung nicht in wirklich bemerkenswertem Umfang durch eine Mehrzahl Dritter ausserhalb des namengebenden Gebiets benutzt, so bestünden keine Rechtssicherheitsbedenken gegen eine Rückwandlung, weil niemand geschädigt werde. Auch jenes Publikum, welches den Namen als Gattungsangabe auffasse, möge es sogar in der Mehrzahl sein, werde in keiner Weise beeinträchtigt, wenn die Ware tatsächlich aus dem genannten Ort herstamme. — Ferner weist Bussmann darauf hin, dass auch der Besitzstand, den die Unternehmen ausserhalb des namengebenden Orts erworben haben, den Bestrebungen nicht entgegenstehen könne, die Benutzung unrichtiger geographischer Angaben nach Möglichkeit einzuschränken. Schliesslich dürfe in diesem Zusammenhang auch nicht vergessen werden, dass diese Unternehmen durch die «Inbenutzungnahme» der Ortsangabe den guten Ruf der Konkurrenten im namengebenden Ort ursprünglich wettbewerbswidrig ausgenutzt hätten[136].

4. Lösung im einheimischen Recht

Es gibt Anzeichen, dass die oben empfohlene, erleichterte Rückwandlung entarteter Herkunftsbezeichnungen heute durchaus auch dem

[135] BUSSMANN, a. a. O. S. 286 f. (VI.).
[136] BUSSMANN, a. a. O. S. 287.

Willen des Gesetzgebers entspricht. Das ist aus dem schweizerisch-deutschen Vertrag über den Schutz von Herkunftsangaben und anderen geographischen Bezeichnungen vom 7. März 1967 zu schliessen. Die Schweiz und die Bundesrepublik Deutschland haben sich darin verpflichtet, gegenseitig zahlreiche geographische Namen als Herkunftsbezeichnungen zu schützen, und zwar unabhängig davon, ob die Namen schon seit mehr als 50 Jahren von Dritten «rechtmässig» benutzt worden sind[137]. Diese Drittbenutzer müssen, gleichgültig ob es wenige oder viele sind oder ob ihnen eine Ersatzbezeichnung zur Verfügung steht oder nicht, spätestens nach 20 Jahren ab Inkrafttreten des Vertrags auf die geschützten Bezeichnungen verzichten. — Dies zeigt, dass die Rückwandlung zur Herkunftsangabe dem Gesetzgeber diesen harten Verzicht wert ist; der Gesetzgeber fordert ihn von den einheimischen Benutzern deutscher Ortsnamen, um von den deutschen Gewerbetreibenden den gleichen Verzicht zu erwirken und damit die schweizerischen Ortsnamen zu schützen. Er wird — folgerichtig — diesen Verzicht aber auch dann fordern, wenn einheimische Ortsnamen im Inland selbst zu schützen sind. Denn es ist kein plausibler Grund erkennbar dafür, dass er die Namen in diesem Fall nicht für gleich schutzwürdig hält. Man darf also annehmen, dass der Gesetzgeber nach seinem hier ersichtlichen Willen den Rückwandel zur Herkunftsangabe nicht an den Interessen der Drittbenutzer scheitern lässt.

IV. Besondere Sachlage bei nationalen Herkunftsbezeichnungen

Die Staatsnamen nehmen in der Problematik «Herkunftsbezeichnung—Gattungsangabe» einen besonderen Rang ein. Der Umstand, dass Staaten allgemein bekannt sind, verhindert, dass ihre Namen, zur Kennzeichnung von Waren benutzt, die geographische Bedeutung und damit den geographischen Herkunftshinweis verlieren. Solche Namen können aus diesem Grund nicht die Funktion blosser Gattungsangaben versehen. Hinzu kommt, dass auf dem schweizerischen Markt immer Erzeugnisse aus den verschiedensten Ländern angeboten werden; das Publikum wird also immer wieder mit Staatsnamen konfrontiert, die als Herkunftsbezeichnungen benutzt werden. Würden diese Namen gleichzeitig noch allgemein gebraucht, so würde es über ihre Bedeutung getäuscht. Um solche Täuschungen zu vermeiden, dürfen zumindest die Namen jener Länder nicht allgemein (als Gattungsangaben gemäss Art. 20 MSchG) benutzt werden, zu denen die Schweiz Handelsbeziehungen unterhält.

Für diesen Namensschutz spricht noch ein weiterer Grund. Er besteht darin, dass die ausländischen Gewerbetreibenden gleich wie die schweizeri-

[137] Vgl. Botschaft des Bundesrats zu diesem Vertrag, BBl 1968 I S. 228; Art. 7 des Vertrags, AS 1969 S. 535.

schen auf ihre nationale Herkunftsbezeichnung angewiesen sind, um damit in andern Ländern für die heimischen Produkte zu werben. Deshalb müssen diese Bezeichnungen für die Erzeugnisse aus den betreffenden Ländern freigehalten werden[138]. Hinzu kommt, dass ein solcher Namensschutz — nach dem Prinzip der Gegenseitigkeit — die Chancen für einen analogen Schutz des Schweizer Namens im Ausland verbessern kann und dass unsere exportorientierte Industrie auf diese Verbesserung dringend angewiesen ist. Auch das ist ein Grund dafür, dass unsere Gerichte und der Gesetzgeber diese Namen inskünftig strikte schützen.

§ 6. DIE DOGMATISCHE GESTALTUNG DES ZEICHENSCHUTZES

I. Nach Auffassung der Doktrin

Die herrschende Lehre vertritt einhellig die Auffassung, der Rechtsschutz geographischer Herkunftsbezeichnungen im MSchG knüpfe nicht an subjektive Rechte der einzelnen Namensbenutzer an. So etwa Matter[139]: «In Wahrheit ist das Verbot falscher Herkunftsangaben lediglich ein Sonderfall des Schutzes von Treu und Glauben im Verkehr. Die Klageberechtigung ist nicht Ausfluss eines subjektiven Anspruches auf die Herkunftsbezeichnung, sondern lediglich eine Art Reflexwirkung der Untersagung unlauteren Handelns.» Ähnliches sagt Bretscher[140]: «Dem Wesen der geographischen Herkunftsangabe scheint Matthiolius am gerechtesten zu werden, wenn er sagt, deren Benutzung geschehe in Ausübung natürlicher freier Betätigung, der Grenzen dort gezogen sind, wo in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise die Freiheit der gewerblichen Betäti-

[138] Eine Branche, die sich um die geographische Bedeutung von Ortsnamen und vor allem von Staatsnamen überhaupt nicht zu kümmern scheint, ist die Tabakbranche (vgl. hierzu auch TROLLER I S. 395). So geht aus einem Vorbringen eines namhaften Zigarettenfabrikanten in BGE 89 I 293 f. hervor, dass in dieser Branche geographische Namen grundsätzlich nicht als Herkunftsangaben, sondern als Angaben bestimmter Geschmacksrichtungen benutzt werden. — Das Bundesgericht spricht sich im genannten Entscheid leider nicht grundsätzlich gegen diesen Unfug aus. Es stellt dazu bloss fest, wenn das Publikum tatsächlich die Angaben «englisch», «amerikanisch» usw. nicht als Herkunftsbezeichnungen, sondern als Hinweise auf bestimmte Geschmacksrichtungen verstehe, so dürfe man daraus nicht schon schliessen, dass dies auf jede geographische Angabe und insbesondere auf die Bezeichnungen «Dorset» und «La Guardia» zutreffe.

[139] MATTER S. 188.

[140] BRETSCHER S. 34 f.

gung des Mitbewerbers verletzt wird.» Auch Troller meint[141]: «Ein eigentliches subjektives Recht an der Herkunftsbezeichnung ist also nicht vorzuweisen»; er räumt aber ein: «Die Befugnisse, die zur Verteidigung der Interessen zur Verfügung stehen, schaffen jedoch eine Rechtslage, die dem auf einem Ausschliesslichkeitsrecht beruhenden exklusiven Gebrauch sehr nahe kommt.»

1. Die Argumente im allgemeinen

Die Argumente, mit denen die Autoren ein subjektives Recht als Schutzgut ablehnen, sind verschieden. Matter hält den Umstand für entscheidend, dass es an einer Vereinigung im Sinne von Art. 7bis MSchG fehle, welche die klageberechtigten Personen zusammenfasse und als Trägerin des Rechts betrachtet werden könnte[142]. Auch Troller verneint ein subjektives Recht unter anderem mit dem Hinweis, dass das MSchG keine Gesamtberechtigung der zur Führung der Herkunftsbezeichnung ermächtigten Unternehmen in der Form eines allen gemeinsam zustehenden subjektiven Rechts kenne[143]. — Richtig ist, dass ein subjektives Recht nicht allen Zeichenbenutzern gemeinsam gewährt wird. Dadurch wird aber die Frage nicht beantwortet, ob etwa ein subjektives Recht jedem einzelnen Benutzer zugeordnet werde. Hiergegen spricht nach Troller der Umstand, dass die Herkunftsbezeichnung die Abstammung des Produkts «aus einem Ort oder einer Gegend, d. h. aus einer unbestimmten Anzahl von Unternehmen, die sich dort mit dem qualitativ bestimmten Produkt beschäftigen, und nicht aus einem einzigen Betriebe» anzeige. «Daher» kommt nach seiner Auffassung ein Ausschliesslichkeitsrecht an ihr in der Regel nicht vor[144]. — Ob aber der Schutz der Herkunftsbezeichnung am subjektiven Recht des einzelnen Zeichenbenutzers anknüpft oder nicht, hängt nicht vom Herkunftshinweis des Zeichens ab. Entscheidend ist vielmehr, ob in der Rechtsbeziehung zwischen Zeichenbenutzer und Zeichen die Merkmale enthalten sind, die zum Begriff des subjektiven Rechts gehören. Liegen sie vor, so ist das Schutzgut eben ein subjektives Recht, gleichgültig wie nun der Herkunftshinweis des Zeichens lautet. Dieser Hinweis kann allenfalls Indiz dafür sein, ob der Zeichenschutz so oder anders gestaltet ist. — Im übrigen ist bereits dargelegt worden, dass die Herkunftsbezeichnung nicht einfach auf eine unbestimmte Anzahl von Unternehmen eines bestimmten Orts oder Gebiets hinweist, sondern jeweils auf eines dieser mehreren Unternehmen, und zwar auf dasjenige, welches das Zeichen bei der eben vorliegenden

[141] TROLLER II S. 654.
[142] MATTER S. 188.
[143] TROLLER II S. 654.
[144] TROLLER II S. 654.

Ware benutzt (vorne S. 9). So läge es nach diesem Hinweis gerade nahe, wenn das Zeichen vom subjektiven Recht des einzelnen Benutzers aus geschützt würde.

Bretscher vertritt die Auffassung, es stimme nur bis zu einem gewissen Grade, wenn der Ortsname als gemeinschaftliches Eigentum aller örtlichen Produzenten oder Bewohner bezeichnet werde, denn selbst als Gesamtheit besässen sie keine freie Verfügungsgewalt über die geographische Herkunftsbezeichnung. So könnten sie «nicht rechtsverbindlich darauf verzichten oder deren Verwendung Produzenten anderer Orte gestatten» [145]. Fasst man diesen Vorbehalt gegen ein «gemeinschaftliches Eigentum» als Vorbehalt gegen ein subjektives Recht als Schutzgut schlechthin auf, so muss man zugestehen, dass die Begünstigung, die in Art. 18 ff. MSchG dem einzelnen Benutzer gewährt wird, nicht auf Dritte übertragbar ist (hinten S. 59). Das spricht aber nicht dagegen, dass sie doch ein subjektives Recht ist, da die Übertragbarkeit nach herrschender Lehre nicht zu den entscheidenden Merkmalen des subjektiven Rechts gehört (S. 57). Ob dasselbe auch für die Verzichtbarkeit gilt, ist anderseits umstritten. Wer sie zu den entscheidenden Merkmalen zählt, was für die ältere Lehre zutrifft [146], wird in Art. 18 ff. MSchG kein subjektives Recht gewährt finden; ein Rechtsverzicht ist hier nicht möglich. Das ist auf die Koppelung der in Art. 18 ff. MSchG gewährten Berechtigung mit der Tatsache zurückzuführen, dass entweder im genannten Ort das bekannte und geschätzte Produkt hergestellt oder mit dem dort hergestellten Produkt gehandelt wird. Erfüllt ein Unternehmer eine dieser Bedingungen, dann ist er zwangsläufig berechtigt [147]; und er ist es nicht mehr, wenn er das Produkt nicht mehr herstellt oder den Handel damit aufgegeben hat. — Es wird jedoch gezeigt werden, das die Verzichtbarkeit nicht zu den wesentlichen Merkmalen des subjektiven Rechts gehört.

2. Die nach Art. 27 Ziff. 2 lit. a MSchG Klageberechtigten im besonderen

Schwerwiegend wäre hingegen der Einwand, nicht nur der einzelne, nach Art. 18 Abs. 2 MSchG autorisierte Zeichenbenutzer könne sich mit der in Art. 27 Ziff. 2 lit. a gewährten Zivilklage gegen allfällige Missbräuche des Zeichens wehren, sondern jeder Gewerbetreibende, der gleiche oder ähnliche Produkte herstelle oder mit solchen Handel treibe, sei dazu befugt.

[145] BRETSCHER S. 34.
[146] Zu dieser Lehre vgl. die Hinweise bei KUMMER S. 97.
[147] Vgl. POINTET S. 140.

Das wird in der Lehre tatsächlich auch behauptet; man beruft sich dabei auf die 1939 vorgenommene Revision von Art. 27 Ziff. 2 lit. a MSchG. Durch diese Revision ist der Kreis der Klageberechtigten tatsächlich erweitert worden. War zuvor nur «jeder in seinem Interesse verletzte Fabrikant, Produzent oder Handelsmann» aus der «fälschlich angegebenen Stadt, Ortschaft oder Gegend usw.» klageberechtigt, so kommt nun noch der «in seinem Interesse verletzte Handelsmann» hinzu, der «in dem Land, wo die falsche Herkunftsbezeichnung gebraucht wurde», niedergelassen ist. Nach Troller ist dadurch eine Regelung geschaffen worden, die dem UWG entspreche und rechtssystematisch ein Fremdkörper im Markenrecht sei[148]. Ähnliches meint David[149]; er erklärt, jeder Fabrikant oder Produzent in der Schweiz könne nun deswegen Anzeige erstatten, weil eine mit seiner Ware verwechslungsfähige Ware mit einer falschen Herkunftsbezeichnung versehen werde. Ganz besonders wirksam sei das Antragsrecht des Händlers, der nur mit verwechslungsfähigen Waren handeln müsse, um aktivlegitimiert zu sein. David belegt seine Auffassung mit einem Hinweis auf die Botschaft des Bundesrats vom 20. September 1937 über die Abänderung des MSchG. — Wer jedoch diese Quelle konsultiert, stellt fest, dass sie den geänderten Art. 27 Ziff. 2 lit. a MSchG nicht im Sinne Davids erläutert[150]. Man kann ihr nur entnehmen, dass der Gesetzgeber die Aktivlegitimation erweitern wollte, um das schweizerische Recht der in London revidierten Pariser Verbandsübereinkunft anzupassen[151]. Deshalb stellt sich die Frage, ob etwa der in London revidierte Art. 10 Abs. 2 PVUe den Gesetzgeber veranlassen konnte, das Klagerecht des Art. 27 Ziff. 2 lit. a so zu erweitern, wie Troller und David annehmen.

[148] TROLLER II S. 656.

[149] DAVID S. 312 N 9 zu MSchG 27.

[150] Der einschlägige Passus lautet (BBl 1937 III S. 112): «Entsprechend dem in London beschlossenen Zusatz zu Art. 10 der Pariser Übereinkunft ist in Ziff. 2, lit. a, die bisherige Beschränkung der Aktivlegitimation zur Verfolgung von falschen Herkunftsbezeichnungen auf Fabrikanten usw., welche in dem fälschlich angegebenen Gebiet niedergelassen sind, fallen zu lassen.»

[151] Art. 27 Ziff. 2 lit. a MSchG ist fast wörtlich durch die Londoner Ergänzung des Art. 10 Abs. 2 PVUe erweitert worden. Dort, in einer Bestimmung eines mehrseitigen völkerrechtlichen Vertrags hat es durchaus einen Sinn, im Hinblick auf das einzelne Signatarland unbestimmt «von dem Lande, wo . . .» zu sprechen. Anders verhält es sich aber, wenn in unserer nationalen Regelung ebenso unbestimmt «von dem Lande, wo . . .» die Rede ist und damit laut Materialien (StenBull NR 1939 S. 434 f.) die Schweiz gemeint ist. Hier ist die von Art. 10 Abs. 2 PVUe übernommene Formulierung fehl am Platz.

B) Die Londoner Revision von Art. 10 Abs. 2 PVUe

Durch die Londoner Ergänzung des Art. 10 Abs. 2 PVUe sind die Signatarstaaten der Pariser Verbandsübereinkunft verpflichtet worden, ihre Rechtsbehelfe zum Schutz ausländischer Herkunftsangaben nicht mehr nur bestimmten Unternehmerkreisen des ausländischen Herkunftsgebiets, sondern auch gewissen inländischen Gewerbetreibenden zu gewähren [152]. Es fragt sich nun, um welche Gewerbetreibenden es sich hierbei handelt. Zur Beantwortung der Frage gibt Art. 10 Abs. 2 PVUe einen Hinweis, indem dieser Artikel die neu hinzugekommenen inländischen «Beteiligten» als Produzenten, Fabrikanten oder Kaufleute bezeichnet, die gleichermassen wie die zuvor schon klageberechtigten Produzenten oder Kaufleute «die Fabrikation des Erzeugnisses oder den Handel mit demselben» betreiben. Das hier genannte Produkt kann aber nur das richtig gekennzeichnete, aus dem angegebenen Ort stammende Produkt sein. Denn in einer Bestimmung (Art. 10 Abs. 2 PVUe), die sich auf den Schutz geographischer Herkunftsangaben bezieht, kann nur es dem im ersten Absatz von Art. 10 PVUe erwähnten falsch gekennzeichneten Erzeugnis als schlechthin *das* Erzeugnis gegenübergestellt werden. Damit fehlt jeder Anlass zur Annahme, es sei hier ein irgendwoher stammendes, dem richtig gekennzeichneten Produkt artgleiches oder artähnliches Erzeugnis gemeint. Sonach kann auch nur jener Gewerbetreibende «beteiligt», d. h. berechtigt sein, den Missbrauch des Zeichens zu verfolgen, der selbst das aus dem angegebenen Ort herkommende ausländische Erzeugnis vertreibt [153]. — Die Annahme, der in London revidierte Art. 10 PVUe habe den Gesetzgeber veranlasst, den Kreis der Klageberechtigten in Art. 27 Ziff. 2 lit. a MSchG «UWG-ähnlich» zu gestalten, ist damit nicht begründet.

[152] Vgl. die Vorgeschichte der Abänderung von Art. 10 PVUe in Actes de la Conférence réunie à Londres du 1er mai au 2 juin 1934, herausgegeben vom Internationalen Büro zum Schutze des gewerblichen Eigentums, Bern 1934, S. 416 f., 468 f.

[153] Für diese Auslegung von Art. 10 PVUe spricht auch der Umstand, dass das Internationale Büro der Lissaboner Revisionskonferenz vom Jahre 1958 empfahl — aber eben ohne Erfolg —, Art. 10 PVUe so zu ändern, dass jeder Unternehmer, der artgleiche Produkte herstelle oder vertreibe, den Missbrauch der geographischen Herkunftsangabe verfolgen könne. Dieser Vorschlag wäre selbstverständlich nicht gemacht worden, wenn er bereits 1934 in London verwirklicht worden wäre. Vgl. die «Vorbereitenden Dokumente des Internationalen Büros zum Schutz des gewerblichen Eigentums zur Lissaboner Konferenz», GRUR Ausl. 1958, Sonderheft, S. 48.

Auch wenn man die Frage, wer nun klageberechtigt sei, vom Wortlaut des Gesetzes aus untersucht, spricht nichts für eine dem UWG entsprechende Zuordnung des Klagerechts. Wie es nämlich in Art. 27 Ziff. 2 lit. a heisst, ist nur derjenige Gewerbetreibende klageberechtigt, der «in seinem Interesse verletzt ist». Das gilt aber auch für den seit 1939 neu aktivlegitimierten «Handelsmann», der «in dem Land, wo die falsche Herkunftsbezeichnung gebraucht wurde, niedergelassen ist».

Auf die Frage, wessen Interesse hier verletzbar ist, gibt das Gesetz jedoch in der dem Interesseobjekt gewidmeten Regelung eine klare Antwort. Als Interesseobjekt bezeichnet es in Art. 27 Ziff. 2 die «Herkunftsbezeichnung». Deren Benutzung regelt es unter dem Titel «II. Herkunftsbezeichnungen» in den Artikeln 18—20 MSchG, wobei es in Art. 18 Abs. 2 bestimmt, wem es die Herkunftsbezeichnung als Interesseobjekt zuordnet: Es sind dies nur jene Unternehmer, welche die Herkunftsbezeichnung auf ihren Waren anbringen dürfen, nämlich Fabrikanten oder Produzenten, die das Erzeugnis im genannten Ort herstellen, «sowie die Käufer des Erzeugnisses». Klageberechtigter «Handelsmann» kann sonach nur ein Gewerbetreibender sein, der nach Art. 18 Abs. 2 «Käufer» und Verkäufer der aus dem genannten Ort stammenden Produkte ist. Dass dieser «Handelsmann» selbst dort ansässig ist, ist nicht mehr erforderlich; er kann seit der Revision von Art. 27 Ziff. 2 lit. a nun irgendwo in der Schweiz ansässig sein [154].

II. Subjektives Recht als Schutzgut

Bei dieser Klärung der Klagerechtsfrage entfällt das im Schrifttum vorgebrachte Hauptargument gegen die Annahme, die geographische Herkunftsbezeichnung werde von subjektiven Rechten der einzelnen Zeichenbenutzer aus geschützt. Es ist nun zu untersuchen, welche Merkmale zum Begriff des subjektiven Rechts gehören und ob die hierbei entscheidenden Merkmale in der Regelung von Art. 18 ff. MSchG enthalten sind.

[154] Im Regelfall wird der auswärtige Händler neben der Herkunftsbezeichnung auch seine Firma benutzen und, verbunden mit der Benutzung seiner Firma, auf seinen Niederlassungsort hinweisen. Dieses Nebeneinander zweier Ortsangaben kann das Publikum über ihre Bedeutung verwirren oder gar täuschen. Das muss dadurch vermieden werden, dass die Herkunftsbezeichnung erläutert wird, z. B. durch den Hinweis «hergestellt in . . .» oder ähnlich.

1. Die Merkmale des subjektiven Rechts im allgemeinen

Der Begriff des subjektiven Rechts weist folgende Merkmale auf[155]:

a) Anerkennung der vorrechtlich gegebenen «natürlichen Freiheit des Subjekts», die sich auf ein «Haben und Nutzen»[156] von materiellen oder immateriellen Gütern oder auf die Entfaltung der Persönlichkeit überhaupt bezieht[157].

b) Zur Anerkennung der natürlichen Freiheit kommt die rechtliche Verpflichtung Dritter hinzu, den anerkannten Freiheitsbereich zu beachten. Diese «Drittpflichten» dienen der Begünstigung des Subjekts[158].

c) Die Drittpflichten müssen rechtlich erzwingbar, d. h. auf dem zivilrechtlichen Klageweg vollstreckbar sein. Vermittelt die Interesseverletzung bloss einen Schadenersatzanspruch, so ist die gewährte Begünstigung kein subjektives Recht, sondern sie erwächst aus einem blossen Rechtsgüterschutz[159].

d) Ob die Drittpflicht vollstreckt werden soll oder nicht, darüber muss der Begünstigte selbst entscheiden können[160].

e) Weitere Merkmale sind nach neuester Lehre nicht begriffswesentlich, so auch die Möglichkeit nicht, die gewährte Begünstigung zu übertragen oder auf sie zu verzichten[161].

2. Die Merkmale des subjektiven Rechts in Art. 18 ff. MSchG

Das Gesetz legt in Art. 18 Abs. 1 und 2 fest, wer «Subjekt» ist, das die geographische Herkunftsbezeichnung «nutzen» darf. Es sind zunächst Gewerbetreibende, die ihre Fabrikations- oder Produktionsstätte im genannten Bezirk besitzen und dort das unter dem Bezirksnamen bekannt gewor-

[155] Dazu eingehend SCHLUEP S. 287 ff., insbesondere S. 296—298 (VI.).

[156] Ausdrucksweise bei SCHLUEP S. 296 (VI. 1.), S. 321 (X).

[157] Dazu SCHLUEP S. 319—321; EGGER S. 245 N 28 zu ZGB 28.

[158] «Drittpflicht», Ausdruck bei SCHLUEP S. 297 (VI. 4.).

[159] Zum blossen Rechtsgüterschutz vgl. SCHLUEP S. 322—324 (XII.).

[160] Vgl. KUMMER S. 96 f.; SCHLUEP S. 297 (VI. 4.).

[161] SCHLUEP S. 297 f. (VI. 5.); S. 346 (IV. 2. c), wo es heisst: «Freilich ist das Haben und Nutzen [d. h. die Herrschaft über das Gut] mannigfach beschränkt. So fehlen eine ungebundene Übertragbarkeit ... Das hindert aber keinesfalls die Annahme eines *subjektiven Rechts* ... Es ist nämlich hier wie anderswo Sache der Rechtsordnung zu entscheiden, in welchem Masse sie die Herrschaft über das Gut gewähren will. So lange der Interessenkonflikt durch Zuteilung gelöst wird, liegt ein subjektives Recht auch dann vor, wenn das Haben und Nutzen im Hinblick auf Drittbelange oder übergeordnete Interessen beschränkt ist.» Vgl. auch KUMMER S. 96—99.

dene Produkt herstellen; dann sind es Kaufleute, die mit dort hergestellten Erzeugnissen Handel treiben. — In Art. 18 Abs. 2 bringt das Gesetz zum Ausdruck, worin hier das «Nutzen» besteht: Der Name darf als Warenkennzeichen, d. h. unbeschränkt werbemässig zur Kennzeichnung von Waren, verwendet werden.

Das Gesetz begünstigt die in Art. 18 Abs. 2 genannten «Subjekte» dadurch, dass nur sie allein den geographischen Namen als Warenkennzeichen benutzen dürfen. Dritten ist ein gleicher Mitgebrauch unter Sanktionsfolgen verboten[162]. Dieses Verbot bezieht sich nicht nur auf den Mitgebrauch für Produkte, die den Erzeugnissen der Begünstigten artgleich sind; es gilt nach Art. 19 auch bei artähnlichen Produkten. — Es fehlt allerdings ein Gebrauchsverbot für solche Bezeichnungen und für Bildzeichen, die dem Namen der Herkunftsbezeichnung ähnlich sind oder durch ihr Bild auf den Herkunftsort hinweisen. Diese Lücke in der Regelung von Art. 18 ff. MSchG geht jedoch nur auf eine unzulängliche Gesetzgebung zurück, da sie anderswie nicht begründet werden kann. Insoweit muss sich der Schutz des Zeichens auf das UWG stützen.

Die Abwehr von Störungen liegt nach Art. 27 Ziff. 2 lit. a ausschliesslich in der Hand der Begünstigten selbst oder in der Hand solcher Vereinigungen, die stellvertretend deren Interessen wahrnehmen. Dazu verfügt jeder Begünstigte über die Klagen auf Schadenersatz, Unterlassung, Feststellung[163] und nach Art. 19 auch über eine Gestaltungsklage[164]. Ebenso kommen nur ihm allein die Ansprüche aus Art. 31 und 32 MSchG zu[165], beispielsweise der Anspruch auf Vernichtung oder Einziehung der «instrumenta vel producta delicti» oder der Anspruch auf Urteilspublikation[166]. So ist es, wie in Art. 27 Ziff. 2 lit. a ausdrücklich bestätigt wird, «sein Interesse», sein Recht, das der einzelne Begünstigte wahrnimmt und durch-

[162] Ein stark beschränkter Mitgebrauch steht nach Art. 19 MSchG den im Herkunftsort ansässigen Kaufleuten offen, die mit anderswoher bezogenen Konkurrenzprodukten Handel treiben.

[163] Vgl. die Ausführungen zu dem im Markenschutzgesetz gewährten zivilrechtlichen Schutz bei TROLLER II in § 61 S. 950 ff.; bei DAVID S. 313—316 N 13—21 zu MSchG 27.

[164] Zum Inhalt der Gestaltungsklage gemäss Art. 19 MSchG siehe hinten S. 77 Anm. 220.

[165] Das Gesetz erwähnt diese Ansprüche zwar nur im Zusammenhang mit Markenrechtsverletzungen; es besteht jedoch kein Grund, sie nicht auch beim Missbrauch geographischer Herkunftsbezeichnungen zu gewähren (vgl. DAVID S. 338 N 4 zu MSchG 31).

[166] Zu diesen Ansprüchen im einzelnen vgl. TROLLER II S. 955, 957, 959 f.; DAVID S. 337—346; MATTER S. 260—266.

setzt[167]. Dieses Recht ist absolut. Das zeigt sich darin, dass die in Art. 18 Abs. 3 verankerte Unterlassungspflicht jeden Dritten trifft[168]: Er darf den Namen überhaupt nicht oder wenigstens nicht unbeschränkt werbemässig mitbenutzen.

3. Das Schutzgut

Geschützt wird in Art. 18 ff. MSchG ein immaterielles Gut. Schutzgut ist hier aber nicht der Ortsname als solcher. Das zeigt sich darin, dass auch andere Konkurrenten, die im gleichen Ort ansässig sind, nach Art. 18 Abs. 2 MSchG jedoch nicht begünstigt werden, den Namen — allerdings nur beschränkt — verwenden dürfen. Geschützt wird, wie dargetan, der Herkunftshinweis und der Qualitätshinweis des Zeichens. Damit stimmt das Schutzgut der Regelung von Art. 18 ff. MSchG mit dem wirtschaftlichen Gut der Herkunftsbezeichnung überein[169]. — In Übereinstimmung mit der wirtschaftlichen Funktion des Zeichens ist eine Übertragung des hier gewährten subjektiven Rechts auf Dritte ausserhalb des bezeichneten Orts ausgeschlossen; der Schutz des Herkunftshinweises schliesst eine Übertragbarkeit aus. Das Recht kann nur originär erworben werden. Jeder Gewerbetreibende erwirbt es, wenn er im Herkunftsort kennzeichnungswürdige Produkte herstellt oder mit den dorther stammenden Produkten handelt.

III. Der Schutz des getäuschten Käufers

Art. 27 Ziff. 2 lit. b gewährt die Zivilklage auch jedem «infolge einer falschen Herkunftsbezeichnung getäuschten Käufer». Mit dieser Klage wird jedoch kein dem Konsumenten gewährtes Gut geschützt, z. B. das als «verselbständigtes Gut begriffene Prinzip der freien Konsumwahl»[170], sondern nur deren Vermögen[171]. Die Rechtsfolge einer erlittenen Täuschung kann also nur in einem Anspruch auf Schadenersatz bestehen. Unterlassungsansprüche erwachsen daraus nicht[172]. Der getäuschte Käufer ist gewarnt und kann sich infolgedessen vor weiteren Täuschungen in acht nehmen[173].

[167] Vgl. KUMMER S. 97.
[168] Vgl. SCHLUEP S. 218 (4.).
[169] Anders im Markenrecht, wo allein der Herkunftshinweis der Marke auf ein bestimmtes Unternehmen das Schutzgut darstellt (vgl. dazu HAUSER S. 90 f.).
[170] Ausdrucksweise bei SCHLUEP S. 327 (II. 1.).
[171] Analog den Verhältnissen im Markenrecht, vgl. dazu SCHLUEP S. 325 (I. 2.), S. 327 (II. 1.).
[172] DAVID S. 314 N 16 zu MSchG 27.
[173] Zur entsprechenden Regelung im UWG vgl. KUMMER S. 67 ff.

ZWEITER TEIL

Die geographischen Herkunftsangaben

§ 7. DIE VORPHASE DER GEOGRAPHISCHEN HERKUNFTSBEZEICHNUNG

I. Einleitung

Die geographische Herkunftsbezeichnung im Sinne des Gesetzes gibt dem Erzeugnis seinen Ruf. Das bedeutet, dass sie in Publikumskreisen bereits als bewährtes Kennzeichen einer qualitativ geschätzten Ware anerkannt wird. Herkunftsangaben, die diese Geltung noch nicht erlangt haben, fallen damit nicht unter Art. 18 ff. des Markenschutzgesetzes. Frage ist nun, ob sich bei der Entwicklung einer blossen Herkunftsangabe zur Herkunftsbezeichnung im Sinne des Gesetzes rechtliche Probleme stellen und wie sie gegebenenfalls zu lösen sind.

Voraussetzung für diese Entwicklung zur Herkunftsbezeichnung ist, dass jeder im gleichen Ort ansässige Wettbewerber den Ortsnamen werbemässig benutzen darf. Es muss somit ausgeschlossen sein, dass der erste Benutzer dem neu hinzukommenden Konkurrenten einen werbemässigen Mitgebrauch des Namens verbieten kann. — Ginge es hierbei nach der Regel von Art. 18 Abs. 2 MSchG, dann gäbe es keine Probleme, weil diese Regel grundsätzlich jedem Konkurrenten, der sich im betreffenden Ort niederlässt, einen werbemässigen Mitgebrauch des Namens erlaubt. Wie aber bereits erwähnt, kommt die Regel von Art. 18 Abs. 2 MSchG hier nicht zum Zuge. Aber auch ohne sie verursacht diese offene Gebrauchsmöglichkeit keine Schwierigkeiten, wenn man sich ans Markenschutzgesetz hält. Geographische Herkunftsangaben sind sogenannte Sachbezeichnungen und gehören damit zum Gemeingut[174]. Sie sind ohne zusätzliche Kennzeichnungselemente nicht als Marken verwendbar (Art. 3 Abs. 2 MSchG)[175], und Ausnahmen hievon sieht das Gesetz nicht vor. Probleme für die Vorphase der geographischen Herkunftsbezeichnung sind erst entstanden, als die Praxis Ausnahmen zuliess und geographische Herkunftsangaben als Marken schützte. All diesen Ausnahmen liegt der Fall zugrunde, dass es einem ein-

[174] MATTER S. 61 ff., S. 70; TROLLER I S. 340 ff. (S. 347); DAVID S. 91 ff., S. 93 N 19c zu MSchG 3; VON BÜREN S. 118 ff. (S. 124 N 61).

[175] Markenfähig sind sie mit Zusätzen nur, wenn jene den Hauptbestandteil des Zeichens bilden (vgl. DAVID S. 94 N 22 zu MSchG 3).

zelnen Unternehmen gelungen ist, die Herkunftsbezeichnung beim Publikum als Kennzeichen seiner Produkte bekannt zu machen. — Es stellen sich hier nun folgende Fragen:

Unter welchen Voraussetzungen wird in solchen Fällen ein Markenschutz gewährt?

Inwieweit schränkt dieser Schutz den Konkurrenten, die im gleichen Ort ansässig sind oder ansässig werden, den Mitgebrauch der Ortsbezeichnung ein?

Ist beim so geschützten Ortsnamen ein Bedeutungswandel zur geographischen Herkunftsbezeichnung ein für allemal ausgeschlossen?

II. Keine Markenfähigkeit bereits benutzter Herkunftsangaben

Die Produkte eines Unternehmens können nicht nur dann unter einem Ortsnamen bekannt werden, wenn noch kein Konkurrenzbetrieb den Namen mitbenutzt. Dieselbe Möglichkeit besteht auch, wenn es im betreffenden Ort bereits Wettbewerber gibt. Der Name gilt dann im einen Publikumskreis als Warenkennzeichen einer einzelnen Unternehmung, im andern Kreis dagegen als blosse geographische Herkunftsangabe oder vielleicht schon als bewährte Herkunftsbezeichnung. Ein solcher Fall wird in BGE 38 II 693 ff. beurteilt. Hier ist es der in Sitten ansässigen Weinhandelsfirma E. Gilliard & Cie. gelungen, die Ortsbezeichnung «Brûlefer» bei einem breiten Publikumskreis als eigene Weinbezeichnung durchzusetzen [176]:

> «A partir de 1903 la maison demanderesse a fait des frais considérables pour lancer sa marque Brûlefer ...
>
> Il est certain que la réclame faite depuis une dizaine d'années par la maison Gilliard a contribué puissamment à propager le renom du Brûlefer; mais on ne peut toutefois dire qu'il l'ait créé.»

Daneben gilt der Name in einem anderen, kleineren Konsumentenkreis als geographische Herkunftsbezeichnung, die auf die Produkte aller dortigen Weinbauern und Weinhändler hinweist [177]:

> «Sur la base de l'expertise intervenue en cours de procès, l'instance cantonale a constaté que depuis longtemps déjà «le vin du vignoble de Brûlefer était connu comme un bon vin de la contrée». ... cette renommée ne dépassât pas le cercle des intéressés et connaisseurs de la contrée; ... »

[176] a. a. O. S. 693, 696.
[177] a. a. O. S. 696.

Nun dringt der Konkurrent J.-J. Kohler, welcher «Brûlefer» als Herkunftsbezeichnung verwendet und seine Weine bisher im «cercle assez restreint de consommateurs» abgesetzt hat, auch in den von Gilliard angeworbenen Kundenkreis ein[178]:

> «On doit convenir que le défendeur a profité largement des efforts que la maison Gilliard a faits pour développer et répandre la renommée de Brûlefer; de plus il est hors de doute que des confusions, préjudiciables aux demandeurs, entre leurs vins et ceux de J.-J. Kohler sont possibles et se sont déjà produites à diverses reprises. . . . Il est vrai que le titulaire de la marque voit ses efforts tourner, au moins partiellement, au profit de ses concurrents et qu'il est exposé à des confusions préjudiciables; . . . »

Dennoch ist hier der Mitgebrauch des Namens nicht unlauterer Wettbewerb, denn

> «. . . si l'on admettait que l'emploi de ce nom, licite d'après la loi sur les marques, constitue cependant un acte de concurrence déloyale, on en arriverait par un détour à le rendre impossible et par conséquent à supprimer la faculté expressément accordée par l'art. 18 aux producteurs de la localité»[179].

Zur gleichen Lösung gelangt man von der Annahme aus, der Name, obschon von mehreren ortsansässigen Konkurrenten benutzt, besitze noch keine wirksame Werbekraft («Ruf» im Sinne von Art. 18 Abs. 1 MSchG) und sei somit noch nicht zu der im Gesetz geregelten Herkunftsbezeichnung geworden. Nur verwendet hier das einzelne Unternehmen den Namen nicht gestützt auf Art. 18 Abs. 2 MSchG, sondern gemäss dem allgemeinen Grundsatz des Markenrechts[180], dass Zeichen aus dem Gemeingut nicht «monopolisierbar» sind[181], sondern allgemein benutzt werden dürfen. Dieser Grundsatz ist jedenfalls hier unabdingbar gültig, weil das Individualinteresse an einem Markenschutz des Namens nicht mit einem sich vielleicht später einmal verwirklichenden, sondern mit einem bereits konkreten Gebrauchsbedürfnis des ortsansässigen Gewerbezweiges konkurriert, so dass es keinen Zweifel über den Vorrang dieses Bedürfnisses gibt. — Es gibt denn auch keinen Entscheid des Bundesgerichts, in dem ein Ortsname bei einer solchen Interessenlage als Marke geschützt würde.

[178] a. a. O. S. 697 f.
[179] a. a. O. S. 697.
[180] Vgl. VON BÜREN S. 118 N 44 f.
[181] «monopolisieren», Ausdrucksweise in BGE 82 II 342.

III. Verwendung des geographischen Namens als Herkunftsangabe und Marke

Die typische Entwicklung einer geographischen Herkunftsangabe zur bewährten Herkunftsbezeichnung dürfte in der Regel bei einem einzelnen Unternehmen beginnen, das im genannten Ort als erstes die Produktion oder den Vertrieb einer Ware aufnimmt. Es bringt dadurch den Ort zum ersten Mal mit einer bestimmten Ware in Beziehung. In diese Beziehung tritt es selbst ein, indem es sich den Kunden gegenüber als Anbieter dieser Waren vorstellt und ihnen anzeigt, dass es dort für sie erreichbar sei. Es ist auch möglich, dass dieses Unternehmen beginnt, den Namen in der Werbung hervorzuheben, beispielsweise markenartig zu verwenden. — Die Entwicklung von der geographischen Herkunftsangabe zur Herkunftsbezeichnung geht dann so weiter, dass in diesem Ort weitere Unternehmen, die gleichartige Produkte herstellen oder mit gleichartigen Erzeugnissen Handel treiben, ansässig werden; dadurch wird der Ort allmählich für die Herstellung oder den Vertrieb jener Waren bekannt[182].

Wie aber verhält es sich, wenn ein Unternehmen den Ortsnamen viele Jahre lang allein benutzen und ihn beim Publikum als Kennzeichen seiner Produkte durchsetzen konnte, bevor Konkurrenzbetriebe im gleichen Ort ansässig wurden? Ist nun der so durchgesetzte Name für dieses Unternehmen markenfähig geworden, so dass es den später ansässig werdenden Konkurrenten einen werbemässigen Mitgebrauch verbieten und damit auch eine Entwicklung zur Herkunftsbezeichnung (im Sinne von Art. 18 Abs. 1 MSchG) verhindern kann[183]?

1. Beurteilung der Namenskonkurrenz in der Judikatur bis BGE 55 I 262 ff.

A) Die Rechtsprechung ab BGE 43 II 93 ff.

Der markenmässige Mitgebrauch geographischer Namen und anderer Sachangaben ist in der Rechtsprechung des Bundesgerichts verschieden be-

[182] Eine solche Entwicklung kann man gut bei der weltbekannten Industrie für chirurgische und medizinische Instrumente in Tuttlingen (Bundesrepublik Deutschland) zurückverfolgen. Die Entwicklung begann im Jahre 1867, als Gottfried Jetter in Tuttlingen die erste Werkstatt für die Herstellung chirurgischer Instrumente eröffnete, aus welcher die bekannte Firma Aesculap hervorwuchs. In dieser Firma wurde ein Grossteil der Fachleute ausgebildet, die dann eigene Unternehmen gründeten. Heute stellen in Tuttlingen und Umgebung an die 180 Betriebe chirurgische Instrumente her.

[183] Im folgenden werden Sachangaben und insbesondere Ortsnamen, die sich als Individualzeichen einer einzelnen Unternehmung *durchgesetzt* haben, kurz als «durchgesetzte» Sachangaben oder Ortsnamen bezeichnet.

urteilt worden. Es gibt Entscheide, in denen das Bundesgericht anscheinend nichts anderes als den Grundsatz des MSchG kennt, dass Zeichen aus dem Gemeingut nicht markenfähig sind. Zu diesen Entscheidungen gehört BGE 43 II 93 ff., wo es um die Konkurrenz der Marke «Geneva Watch Case Elge Geneva» mit der etwas älteren Firmenmarke «Geneva Watch Case Co» geht. Ein Schutz der Firmenmarke kommt jedoch nicht in Frage[184]:

> «Loin donc de désigner les produits de la maison recourante à l'exclusion de ceux de tout autre fabricant, les mots Geneva Watch Case s'appliquent indifféremment à n'importe qu'elle boîte de montre fabriquée à Genève et par conséquent ils ne sont pas susceptibles d'une appropriation privée en tant que marque.»

Dasselbe, nämlich die Bestimmung solcher Sachangaben zu einem schlechthin uneinschränkbaren Gemeingebrauch, wird im Urteil noch mehrmals betont, so etwa wie folgt[185]:

> «Les sociétés anonymes ne sont pas limitées dans le choix de leur raison (CO art. 873); elles peuvent prendre comme raison de commerce le nom du produit qu'elles fabriquent ou qu'elles vendent, ou bien un nom de pays, de ville, etc., ou encore combiner ces deux mentions (Montres du Locle S. A., Soies de Zurich S. A., Dentelles de St Gall S. A.). Si une raison semblable était sans autre protégée en tant que marque en ce sens que ses éléments verbaux ne pourraient être utilisés par aucun concurrent, on voit immédiatement à quel point le système de la loi sur les marques serait bouleversé, quelles entraves apporterait à la libre concurrence un tel monopole sur des mentions appartenant au domaine public.»

Es scheint allerdings, dass sich dieser Entscheid nicht auf den Mitgebrauch bereits «durchgesetzter» Sachangaben bezieht. Aber selbst wenn er sich darauf bezöge, würde er wohl nicht anders lauten. Das Bundesgericht verneint hier die Frage, ob Angaben über die Geschäftsart und über den Niederlassungsort eines Unternehmens markenfähig seien, derart entschieden, dass Ausnahmen schlechterdings nicht möglich scheinen. Dass sein Nein bedingungslos aufzufassen ist, bestätigt es übrigens selbst. Das Bundesgericht führt nämlich in BGE 59 II 212 aus, es gelte nun, die harte Rechtsprechung der Geneva-Watch-Case-Entscheidung zu mildern und demzufolge die «durchgesetzte» Ortsbezeichnung «Tavannes» als Marke anzuerkennen[186]. Folglich nahm es vorher den Standpunkt ein, dass Orts-

[184] a. a. O. S. 96.

[185] a. a. O. S. 97.

[186] L'arrêt du Tribunal fédéral du 5 novembre 1929 en la cause A. Romary & Co Ltd (RO 55 I p. 262 et sv) a *tempéré la rigueur* de la jurisprudence qu'on vient de rappeler» (Hervorhebung vom Verfasser).

namen, die benötigt werden, um die geographische Herkunft eines Produkts oder den Sitz einer Firma anzugeben, unter keinen Umständen markenfähig seien.

Das Bundesgericht setzt seine «harte» Rechtsprechung des Geneva-Watch-Case-Entscheides noch in zwei weiteren Urteilen mit ausdrücklichem Hinweis auf die Markenunfähigkeit «durchgesetzter» Sachangaben fort. Es betrifft in BGE 52 II 306 die Buchstabenfolge «AS» für Teerfarbstoffe und in BGE 54 II 408 die Bezeichnung «Rachenputzer» für Hustenbonbons. Man darf somit davon ausgehen, dass nach der Praxis des Bundesgerichts ab BGE 43 II 93 ff. bis BGE 55 I 262 ff. Sachangaben *ausnahmslos* markenunfähig waren.

B) Die Rechtsprechung in BGE 36 II 68 ff. und BGE 40 II 601 ff.

In zwei früheren Entscheidungen untersucht das Bundesgericht den Mitgebrauch von Sachangaben noch auf einen andern Gesichtspunkt hin. Es überprüft dort, ob und wieweit die Mitbenutzung von Sachangaben, unter denen bereits ein bestimmtes Unternehmen bekannt geworden ist, «illoyale Konkurrenz» sei. So ist in BGE 36 II 68 ff. die «illoyale Konkurrenz» einer der Gründe dafür, dass die Bezeichnung «Portlandzementfabrik Liesberg» nicht von einem zweiten Unternehmen als Firmenname verwendet werden darf; die Bezeichnung habe bereits für ein anderes Unternehmen (als nicht im Handelsregister eingetragener Firmenname) «die Bedeutung eines solchen für den Verkehr wesentlichen Stichwortes» erhalten. Gleich, nämlich negativ, wird in BGE 40 II 601 ff. die Frage entschieden, ob die Bezeichnung «Schraubenfabrik Solothurn» als Firmenname mitbenutzt werden dürfe. Es heisst dort[187]:

> «Jedenfalls aber durfte nach den besondern Umständen des vorliegenden Falles die Beklagte nicht darauf Anspruch erheben, sich als Firma eine Bezeichnung auszusuchen, die bereits als Geschäftsnamen der Klägerin, wenn auch nicht als ihr eigentlicher Firmanamen, so doch als *im Verkehr* entstandene und gebräuchliche Abkürzung dieses Namens, diente und die sich bereits, wohl von selbst, in dem Masse *eingebürgert* hatte, dass auf eine weitere Zukunft hinaus mit einer erheblichen Verwechslungsgefahr gerechnet werden musste. Treu und Glauben im Wettbewerb geboten es, dieser Verwechslungsgefahr bei der Wahl der neuen Firmabezeichnung aus dem Wege zu gehen, . . . »

Allerdings wird nicht jeder Mitgebrauch verboten. Wie es in den zwei erwähnten Entscheidungen heisst, können Sachangaben, die sich im Ver-

[187] a. a. O. S. 605 E. 4 (Hervorhebungen vom Verfasser).

kehr als Bezeichnungen einzelner Firmen «eingebürgert» haben, in konkurrierende Firmennamen aufgenommen werden, falls sie, mit Beifügungen versehen, neue, «charakteristische Gesamtbezeichnungen» ergeben. Auf diese Gebrauchsmöglichkeit wird noch zurückzukommen sein.

2. Wertungsänderung in der Judikatur ab BGE 55 I 262 ff.

Das Bundesgericht hätte ohne weiteres an die Rechtsprechung in BGE 36 II 68 ff. und 40 II 601 ff. anknüpfen können, als es — nach der erörterten Geneva-Watch-Case-Periode — damit begann, «durchgesetzte» Sachangaben als Firmennamen und Marken zu schützen [188]. Das ist jedoch nicht geschehen [189]. Das Bundesgericht stellt diesen Schutz als neuen, von Art. 6 Abs. 2 Ziff. 2 Schlussatz der Pariser Verbandsübereinkunft [190] inspirierten und, wie es mehrmals betont, auch im deutschen Warenzeichenrecht angewendeten Grundsatz dar (so in BGE 59 II 160, 64 II 246 f., 77 II 326).

Anlass zur Praxisänderung gibt die Beschwerde der Firma Romary in Tunbridge Wells (England) gegen das Eidgenössische Amt für geistiges Eigentum in Bern. Das Amt lehnte das Gesuch der Beschwerdeführerin ab, ihre aus der geographischen Herkunftsangabe «Tunbridge Wells» bestehende Marke ins Markenregister einzutragen. Seinen Entscheid stützte es auf Art. 6 Abs. 2 Ziff. 2 der Pariser Verbandsübereinkunft, der unter anderem festlegt, dass jedes Verbandsland seinen Schutz den Marken aus andern Verbandsländern dann verweigern kann, wenn diesen Marken jede Unterscheidungskraft fehlt oder wenn die Marken aus geographischen Herkunftsangaben bestehen [191]. — Das Bundesgericht heisst nun die Beschwerde der Firma Romary gut, im wesentlichen mit der Begründung, es komme hier nicht allein auf den Hauptsatz des Art. 6 Abs. 2 Ziff. 2 PVUe an, sondern es müsse auch der Schlussatz beachtet werden. Danach seien bei der

[188] Ob die Anforderungen, die heute an eine sogenannte Durchsetzung des Zeichens im Verkehr gestellt werden, mit den Anforderungen an die damalige «Einbürgerung» übereinstimmen, lässt sich mangels präziser Zeugnisse aus der alten Praxis nicht beantworten. — Die heutigen Anforderungen gehen dahin, dass ein «erheblicher Teil der beteiligten Verkehrskreise» (des Publikums) das Zeichen aufgrund eines vieljährigen Exklusivgebrauchs als Warenkennzeichen eines bestimmten Unternehmens anerkennt (vgl. SCHLUEP S. 347; HAUSER S. 37 f.; BGE 77 II 326).

[189] Auch die Doktrin scheint anzunehmen, dass die ab BGE 55 I 262 ff. bejahte Firmen- und Markenfähigkeit durchgesetzter Sachangaben eine Regel sei, welche die Praxis zuvor nicht gekannt habe (vgl. MATTER S. 62; TROLLER I S. 351 f.; DAVID S. 100 N 35 zu MSchG 3).

[190] Haager und Londoner Fassung.

[191] Vgl. BGE 55 I 265 (C.).

Würdigung der Unterscheidungskraft einer Marke alle Tatumstände, insbesondere die Dauer des Markengebrauches, zu berücksichtigen[192]. Und weil der Name «Tunbridge Wells» nach einer Benutzung von langer Dauer zur unterscheidungskräftigen Marke der Beschwerdeführerin geworden sei, müsse er auch in der Schweiz als deren Marke anerkannt und ins Markenregister eingetragen werden. — Am Schluss des Entscheides heisst es noch, die Frage, ob derselbe Grundsatz auch nach einheimischem Recht gelte, müsse offenbleiben, da sich der Entscheid auf das Verhältnis zwischen Ländern des Pariser Verbandes beziehe und damit ausschliesslich auf der Pariser Verbandsübereinkunft fusse[193].

Auf diese Frage kann das Bundesgericht vier Jahre später zurückkommen, als abzuklären ist, ob die Bezeichnung «Favret Watch Tavannes» neben der «durchgesetzten» Marke «Tavannes Watch» bestehen könne. Es hält in BGE 59 II 207 ff. den Mitgebrauch der Worte «Tavannes Watch» mit dem Hinweis darauf für unzulässig, dass der aus dem Schlussatz des Art. 6 Abs. 2 Ziff. 2 PVUe herleitbare Grundsatz, «durchgesetzte» Zeichen aus dem Gemeingut seien markenfähig, auch nach einheimischem Recht gelte. Das wird in BGE 64 II 246 f. noch näher begründet; dort heisst es hierzu, das Recht wolle unter Verzicht auf eine rein formale Anwendung[194] dem bewährten Erfolg dienen. Das bedeute kein Zurückweichen des formalen Rechts vor der Stärke der Tatsachen, sondern entspreche dem Bedürfnis, Treu und Glauben im Verkehr zur Anerkennung zu verhelfen, welcher Grundsatz gerade im Markenrecht immer mehr durchbreche.

3. Noch erlaubte Namenskonkurrenz

A) Zur Judikatur

a) Markenmässiger Mitgebrauch

Es fragt sich nun, wie nach jener «Milderung der Judikatur»[195] ab BGE 55 I 262 ff. der «bewährte Erfolg» der einzelnen Unternehmung geschützt wird und inwieweit anderseits ein Mitgebrauch eines «durchgesetzten» geographischen Namens noch erlaubt ist. Das Bundesgericht vertritt zunächst die Auffassung, dass sich dieser Schutz mit einem markenmässigen Namensmitgebrauch durchaus vereinbaren lasse. Das ergibt sich aus BGE 55 I 274, wo es heisst:

[192] Zur Begründung im einzelnen vgl. vor allem a. a. O. 271—274.
[193] a. a. O. 275.
[194] Gemeint ist die formale Anwendung des Grundsatzes, dass Zeichen aus dem Gemeingut nicht markenfähig sind (Art. 3 Abs. 2 und Art. 14 Ziff. 2 MSchG).
[195] So bezeichnet in BGE 59 II 212; vgl. vorne S. 64 Anm. 186.

«. . . tout fabricant ou négociant de biscuits établi à Tunbridge Wells pourra introduire le nom de cette localité dans sa marque, pourvu que celle-ci, dans son ensemble, se distingue suffisamment de la marque de A. Romary & Co Ltd.»

Eine denselben Ortsnamen enthaltende Konkurrenzmarke, die sich «dans son ensemble» von der Erstmarke unterscheidet, lässt sich jedoch nur dann bilden, wenn ein Zusatz mit der hier nötigen Unterscheidungskraft gefunden wird. Ähnliches wird bereits in BGE 40 II 601 ff. E. 4 zum Mitgebrauch der Bezeichnung «Schraubenfabrik Solothurn» festgestellt:

«. . . und es ist wohl an der Beklagten, wenn sie dieses Gemeingebrauches ebenfalls teilhaftig sein will, solches auf eine andere, eine Verwechslungsgefahr ausschliessende Weise zu tun, also namentlich durch Beifügung eines *geeigneten Zusatzes*» (Hervorhebung vom Verfasser).

Auf diese Erwägung in BGE 40 II 601 ff. wird im Tavannes-Entscheid (BGE 59 II 207 ff., 214) zustimmend hingewiesen. Man kann daraus auch auf eine Bestätigung der oben im Wortlaut wiedergegebenen Konkurrenzregel schliessen. Der Tavannes-Entscheid gibt jedoch keine Antwort darauf, ob diese Regel denn überhaupt praktikabel sei; er enthält bloss die Feststellung, dass der der Wortgruppe «Watch Tavannes» beigefügte Name «Favret» nicht geeignet sei, die Marke «Favret Watch Tavannes» von der Marke «Tavannes Watch» zu unterscheiden [196]. Ähnliches wird auch in einem nur teilweise veröffentlichten Entscheid zur Marke «Appenzeller Berggeist Bitter» gesagt: Sie sei trotz des Zusatzes «Berggeist» und der Streichung des Wortes «Alpen» mit der Marke «Appenzeller Alpenbitter» verwechselbar [197]. Anderseits ist kein Beispiel bekannt, das die Anwendbarkeit der Konkurrenzregel von BGE 40 II 606 und BGE 55 I 274 bestätigt. Das lässt vermuten, dass diese Regel überhaupt keine reelle Grundlage hat.

Geht man davon aus, dass eine Marke und damit auch das hier genannte Konkurrenzzeichen nicht langatmig oder überladen sein darf, wenn es werbewirksam sein soll, so erweist sich diese Vermutung als begründet. Es zeigt sich nämlich, dass die Verwechselbarkeit weniger vom benutzten Zusatz als vom markenmässigen Mitgebrauch des geographischen Namens an sich abhängt. Diese Abhängigkeit ergibt sich aus der Funktion, die der Name bereits für eine bestimmte Unternehmung erfüllt. Diese Unternehmung, Inhaberin der Erstmarke, hat dem Publikum eingeprägt, dass Pro-

[196] Vgl. BGE 59 II 214: «Ce qui frappe l'oreille et la vue et reste gravé dans la mémoire, ce n'est pas le nom de Favret, ce sont les mots «Watch Tavannes», connus dans le monde entier comme spécifiant les produits de la demanderesse avec lesquels la marque du défendeur est de nature à créer une confusion.»

[197] Teilweise publiziert in der NZZ vom 14. Juni 1955 Nr. 1588 Blatt 3.

dukte, die unter jenem Ortsnamen auf dem Markt angeboten werden, von ihr herstammen. Ihr Namensgebrauch hat somit dazu geführt, dass die Verbindung eines bestimmten Orts mit einer bestimmten Ware zu ihrem Symbol geworden ist. Das hat zur Folge, dass das Publikum Zusätze in erster Linie mit der bereits geläufigen Symbolbedeutung des geographischen Namens verbindet. Es wird beispielsweise einen Phantasiezusatz als Hinweis auf einen neuen Warentyp des bereits bekannten Markeninhabers betrachten[198], oder es wird annehmen, bei dem in einer Firmenmarke benutzten Zusatz handle es sich um jenen Namensteil der bekannten Unternehmung, welcher bislang in der Werbung nicht herausgestellt worden sei. Auch ein Wechsel in der Form, den geographischen Namen zu verwenden, beispielsweise von der adjektivischen (Weissenburger) zur substantivischen (Mineralquelle Weissenburg), dürfte die Unterscheidungskraft der Konkurrenzmarke nicht entscheidend stärken[199].

Aus all dem ist zu folgern, dass ein markenmässiger Mitgebrauch «durchgesetzter» geographischer Namen grundsätzlich zu Verwechslungen unter den Konkurrenzzeichen führen wird. Er wird später das Publikum veranlassen — wenn es begriffen hat, dass mehrere Konkurrenten den geographischen Namen markenmässig benutzen — zu vergessen, was der Name in der Erstmarke ausdrücken soll, und den Namen wiederum als blosse Herkunftsangabe aufzufassen. Eine Entwicklung zur geographischen Herkunftsbezeichnung im Sinne von Art. 18 Abs. 1 MSchG ist dann wieder möglich. — Dies zeigt, dass ein Bedeutungswandel zur geographischen Herkunftsbezeichnung jedenfalls dann nicht verhindert werden kann, wenn der Schutz der Erstmarke nicht zum Verbot einer markenmässigen Namenskonkurrenz führt[200].

[198] Vgl. zu dieser Möglichkeit BGE 43 II 95 f.: «. . . d'autant plus que d'après les habitudes du commerce, . . ., l'acheteur sera tenté de considérer le mot Elge comme désignant un type spéciale de boîte fabriquée par la Geneva Watch Case Co et non comme indiquant la provenance d'une *autre* maison.»

[199] Zu einem ähnlichen Sachverhalt vgl. BGE 82 II 152 ff. (155): «Ebenso ist unerheblich, dass die Firma der Klägerin die Ortsbezeichnung «Zermatt» als Substantiv enthält, während bei der Firma der Beklagten die Ortsbezeichnung in die Form des Adjektivs «Zermatter» gekleidet ist. Denn beide Bezeichnungen weisen darauf hin, dass es sich um eine auf dem Wintersportplatz Zermatt tätige Skischule handle. «Zermatter Ski-Schule» und «Ski-Schule Zermatt» ist für den Gast, der eine Skischule besuchen will, ein- und dasselbe.»

[200] Zur Frage der Verwechselbarkeit vgl. auch SCHLUEP S. 20: «Kennzeichnungskräftige Zeichen hinterlassen starke Erinnerungsvorstellungen. Dadurch wird jeder Anklang an das Zeichen zur Verwechslungsquelle. Es genügt eine blosse Teilidentität, und das bekannte Zeichen wird reproduziert. Ist aber die starke Marke einmal bewusst geworden, pflegt nach der allgemeinen Lebenserfahrung der Verkehr weitere Identifikationsproben zu unterlassen.»

b) Kein werbemässiger Mitgebrauch

Es scheint, dass nach der geltenden Praxis jeder werbemässige und, da die Marke zu den wirksamsten Werbemitteln gehört, auch jeder markenmässige Mitgebrauch verboten ist[201]. Ein solcher Hinweis ergibt sich aus BGE 82 II 358 f., wo zwar nicht die Konkurrenz ein und desselben Namens, sondern der vergleichbare Konkurrenzfall mit zwei verschiedenen, aber verwechselbaren Ortsangaben beurteilt wird. Das Bundesgericht stellt in diesem Entscheid zur konkurrierenden Bezeichnung «Schwarzenburger» fest:

> «Dagegen kann der Beklagten, da die von ihr ausgebeuteten Mineralquellen tatsächlich im Amt Schwarzenburg, wenn auch nicht auf dem Boden der Gemeinde selbst, so doch unweit von ihr entspringen, der Hinweis auf diese Herkunft des Mineralwassers nicht untersagt werden. Das darf aber nur in beiläufiger Form geschehen, *nicht* dagegen zur *Kennzeichnung* der Erzeugnisse, mit andern Worten also *nicht reklamehaft* unter besonderer Hervorhebung im Druck usw. . . .» (Betonungen vom Verfasser).

Was hier als nicht kennzeichenmässiger, nicht reklamehafter Gebrauch oder auch als Benutzung in beiläufiger Form bezeichnet wird, wird in BGE 82 II 342 als Benutzung im Sinne einer «Zusatzbezeichnung» umschrieben. Man könnte auch von einem Mitgebrauch als Anhängsel zur Firma oder, auf die Kennzeichnung von Waren bezogen, als Anhängsel zur Marke sprechen. Das darf, wie es in BGE 82 II 342 heisst, «nicht in einer Art und Weise» geschehen, «die als unlauterer Wettbewerb angesprochen werden muss»[202].

Auch dieser monopolartige Namensschutz könnte einen Bedeutungswandel des Namens zur geographischen Herkunftsbezeichnung nicht verhindern, wenn sich im betreffenden Ort immer mehr Konkurrenzunternehmen zusammenfänden, die den Namen in ihrer Werbung als Sitzangabe benutzen müssten. Dadurch würde der Ort seine Sonderbedeutung für das einzelne Unternehmen verlieren und allmählich ganz allgemein für die Herstellung oder den Vertrieb einer bestimmten Ware bekannt werden. Somit dürfte die Bedeutung eines solchen Schutzes vor allem darin bestehen, ge-

[201] Zur Bedeutung der Marke als Werbemittel vgl. HAUSER S. 30 f.

[202] In BGE 82 II 340 ff. wird abgeklärt, ob die für die Firma «EMET Eisen und Metall Aktiengesellschaft» durchgesetzte Bezeichnung «Eisen und Metall» von einem Konkurrenzunternehmen im Firmennamen «Eisen und Metall A.-G.» mitgebraucht werden dürfe. Das Bundesgericht stellt hier mit Hinweis auf den markenrechtlichen Fall in BGE 59 II 207 (Tavannes-Watch-Entscheid) fest, dass der Mitgebrauch von Sachangaben so geregelt werden müsse, wie im Markenrecht die Konkurrenz geographischer Ortsangaben geregelt worden sei.

eignet zu sein, eine derartige Entwicklung überhaupt zu unterdrücken, indem er schon der Ansiedlung weiterer Konkurrenten in dem bereits von einem Monopolinhaber besetzten Ort entgegenwirkt. Wie nämlich gezeigt worden ist, werden «durchgesetzte» Ortsnamen nach der geltenden Praxis des Bundesgerichts derart streng geschützt, dass ein Wettbewerber, der den monopolisierten Namen zur «notwendigen» geographischen Individualisierung benutzen würde, stets mit Verletzungsklagen des Monopolinhabers rechnen müsste[203]. Ist er ein Homo oeconomicus, so wird er auch diesen Gesichtspunkt berücksichtigen, wenn er für sein Unternehmen den Standort wählt.

B) Zur Doktrin

a) Uneinheitliche Auffassungen im allgemeinen

In der Lehre werden zum Schutz «durchgesetzter» geographischer Namen unterschiedliche Auffassungen vertreten. Nach Matter dürfen andere Fabrikanten, die in dem in der Marke genannten Ort niedergelassen sind, ihren Geschäftssitz nennen, sofern dies nicht in markenartiger Form geschieht[204]. Anders Bretscher; nach seiner Auffassung gilt der nach Art. 18 Abs. 2 MSchG erlaubte offene Namensgebrauch auch dann, wenn der betreffende Name bisher in der Marke einer Einzelperson verwendet wurde[205]. Bretscher räumt jedoch ein, dass ein markenmässiger Mitgebrauch zu Verwechslungen führen könne, vor allem wenn die Herkunftsangabe als Schlagwort bereits Verkehrsgeltung für die Waren eines bestimmten Herstellers erworben habe. Dennoch sei es hier nicht möglich, mit der Unterlassungsklage aus unlauterem Wettbewerb vorzugehen, weil sonst das in Art. 18 Abs. 2 MSchG allen Produzenten oder Fabrikanten zugestandene Recht zur Verwendung der Ortsangabe illusorisch gemacht werde. Die neuen Konkurrenten seien aber nach Treu und Glauben im Verkehr verpflichtet, bei der Benutzung der Ortsangabe alle erforderlichen Erklärungen anzubringen, um eine Verwechslung ihrer Produkte mit denjenigen des alteingesessenen Betriebs zu verhüten.

In der neuesten Doktrin endlich hält Troller einen Mitgebrauch des Namens für erlaubt, wenn dabei jede Verwechselbarkeit ausgeschlossen werde[206]. Er fügt hinzu[206a], die Rechtslage sei hier «ähnlich wie beim Gegenüberstehen der Marken von Gleichnamigen». Da er dazu auf seine Ausführungen in «b) Die Gleichnamigen (Homonyme)» des Titels «14. Firmen-

[203] Zur «notwendigen» Individualisierung siehe S. 74—76.
[204] MATTER S. 64.
[205] BRETSCHER S. 104.
[206] TROLLER I S. 388 f.
[206a] TROLLER I S. 353.

marken, insbesondere die Gleichnamigen» verweist[207], ist anzunehmen, er spreche vom *markenmässigen* Mitgebrauch und halte ihn folglich, falls im Konkurrenzzeichen zusätzliche Kennzeichnungselemente verwendet werden, für grundsätzlich erlaubt[208]. Dass aber die Forderung, jede Verwechselbarkeit auszuschliessen, nicht erfüllbar ist, wenn auch das Konkurrenzzeichen einprägsam und damit nicht überladen sein soll, darauf ist bereits hingewiesen worden (S. 68 f.). Hier trifft vielmehr zu, was Troller selbst in dem zum Vergleich angeführten 14. Titel seines Immaterialgüterrechts erklärt[209]: «Die Gerichte neigen dazu, dabei das Recht auf die freie Verwendung des eigenen Namens anzuerkennen und der jüngeren Firma lediglich einen unterscheidenden Zusatz vorzuschreiben, der aber meistens *nicht geeignet* ist, die *Verwechslungsgefahr ganz zu beseitigen.*»

b) Sonderregel für Naturprodukte

aa) In bezug auf die Markenfähigkeit geographischer Namen gilt nach Troller eine Sonderregel für Naturprodukte. Er erklärt, «Alleinrechte» an Ortsnamen könnten nur erworben werden, wenn die Qualität des Produkts von der Arbeitsleistung des Produzenten abhänge[210]. Gehe die Qualität aus der Bodenbeschaffenheit hervor, so könne das Recht, die Ortsbezeichnung zu verwenden, den andern Produzenten gleicher Erzeugnisse nicht verwehrt werden, und zwar auch dann nicht, wenn ein Unternehmen allein durch eifrige Reklame das Produkt bekannt gemacht habe; es habe eben die Ungeschicklichkeit begangen, für einen Namen zu werben, den auch andere benutzen dürften. — Troller leitet diese Ausnahmeregel vom Brûlefer-Urteil ab[211]. Sie würde nach der dort erlaubten Namenskonkurrenz einen unbeschränkten Mitgebrauch ermöglichen.

Es fragt sich nur, wie man die Sonderregel rechtfertigen soll. Man muss sie wohl darauf zurückführen, dass das Naturprodukt ein vom «Mutterboden» gelöster oder abgespaltener Teil ist, so dass seine Benennung nach dem «Mutterboden» eben naheliegt. — Damit allein kann aber eine Aus-

[207] TROLLER I S. 294 ff.

[208] Vgl. auch BAUMBACH-HEFERMEHL II S. 398 N 13 zu WZG 16, wo es unter anderem heisst: «... verbietet ... mit Recht «Birresborner Sprudel», weil diese Bezeichnung durch die Art der Anbringung auf dem Etikett auf die Herkunft aus einem bestimmten Betrieb hindeutet und mit dem Warenzeichen «Birresborner Mineralbrunnen» verwechselbar ist. Der Verletzer hätte zB sagen können: «Phönix Quelle in Birresborn» ...»

[209] TROLLER I S. 295 (Hervorhebungen vom Verfasser).

[210] TROLLER I S. 389.

[211] BGE 38 II 693 ff.

nahme von der Praxis, geographische Herkunftsangaben zu monopolisieren, um dem bewährten Erfolg zu dienen und Treu und Glauben im Verkehr durchzusetzen[212], wohl kaum begründet werden. Dazu braucht es einen gewichtigen Grund. Gewichtig ist er dann, wenn es branchenüblich ist, Naturerzeugnisse einer bestimmten Art oder Gattung mit dem Namen ihres Herkunftsorts oder Herkunftsgebiets zu kennzeichnen. Das trifft z. B. für Mineralwässer[213], Weine, Biere, Most und Kirsch zu. In solchen Fällen besteht ein konkretes Bedürfnis einer bestimmten Branche daran, die betreffenden Ortsnamen als Herkunftsangaben freizuhalten, und es ist nicht zweifelhaft, dass dieses Bedürfnis schwerer wiegt als das Monopolinteresse eines einzelnen Gewerbetreibenden. Insoweit dürfen geographische Namen tatsächlich nicht monopolisiert werden.

bb) Wie erwähnt, führt Troller jene Sonderregel für Naturerzeugnisse auf BGE 38 II 693 ff. zurück. Dies jedoch zu Unrecht; der dortige Name «Brûlefer» konnte nur deshalb nicht Objekt eines «Alleinrechts» sein, weil er bereits als geographische Herkunftsbezeichnung diente (vgl. vorne S. 61 f.). Auch abgesehen davon ist es nicht ratsam, aus der Judikatur vor BGE 55 I 262 f. Schlüsse darauf zu ziehen, wann und gegebenenfalls wie nach heutiger Praxis geographische Namen vor weiterem Mitgebrauch geschützt werden, weil es damals noch keine einheitliche Auffassung hierüber gab (vorne S. 63—66).

Neuere Entscheidungen zum Thema «Ausnahmeregel für Naturerzeugnisse» gibt es nicht. Dies gilt auch für den bereits genannten Entscheid BGE 82 II 346 ff. Zwar handelt er von einer Namenskonkurrenz bei einem leicht bearbeiteten Naturprodukt (aromatisiertes Mineralwasser). Es trifft auch zu, dass Mineralwässer so gut wie lückenlos nach ihrer geographischen Herkunft benannt werden, so dass die Regel gerade für Mineralwässer gelten müsste. Sie könnte jedoch auf den Fall in BGE 82 II 346 ff. nicht angewendet werden, weil dazu die entscheidende Voraussetzung fehlt. Beim dortigen Namen «Schwarzenburger» handelt es sich nämlich nicht um die üblicherweise für Mineralwässer benutzte und damit unter die Regel fallende Bezeichnung des Quellorts. Der Quellort liegt im Ried bei Lanzenhäusern, weshalb «Ried» oder «Lanzenhäusern» als Quellortsname in Frage käme. «Schwarzenburg» ist dagegen bloss der Name der nächstliegenden grösseren Ortschaft und des zuständigen Amtsbezirks. — Infolgedessen

[212] BGE 64 II 247, vgl. vorne S. 67.

[213] Vgl. die Praxis des deutschen Patentamtes, wonach Ortsnamen für Mineralwässer nur dann als Marken (Warenzeichen) geschützt werden, wenn sämtliche im Ortsbezirk erschlossenen und noch zu erschliessenden Quellen im Eigentum oder Alleinpachtbesitz des Anmelders sind (BAUMBACH-HEFERMEHL II S. 167 f. N 71 zu WZG 4).

darf man daraus, dass das Bundesgericht diese Regel in BGE 82 II 346 ff. verschweigt, noch nicht schliessen, es spreche sich dadurch schon insgeheim gegen sie aus.

§ 8. DAS FREIHALTEBEDÜRFNIS DER ORTSANSÄSSIGEN UNTERNEHMEN

I. Bedeutung des Freihaltebedürfnisses

Die vorgehende Untersuchung hat gezeigt, dass der Mitgebrauch einer «durchgesetzten» Herkunftsangabe deshalb nicht ganz untersagt wurde, weil der Mitbenutzer zum genannten Ort eine Beziehung besass, oder konkret gesagt, weil er dort ansässig war[214]. Nirgends aber ist zum Ausdruck gebracht worden, wozu er den Hinweis auf diese Ansässigkeit brauchte. — Baumbach-Hefermehl sprechen vom berechtigten Wunsch der Unternehmung, auf die örtliche Herkunft ihrer Waren hinzuweisen[215]. Da aber der Herkunftsort einer Ware grundsätzlich durch den Sitz des sie kennzeichnenden Unternehmens festgelegt wird und folglich mit diesem Sitz identisch ist, kann man das von Baumbach-Hefermehl zum Herkunftshinweis Gesagte wohl auch auf die Sitzangabe des Unternehmens beziehen. Dieses hätte sonach einen «berechtigten Wunsch» anzugeben, wo es ansässig ist. — Auch darum, so fahren Baumbach-Hefermehl fort, sei bei der Beurteilung der Eintragungsfähigkeit von Ortsnamen in die Zeichenrolle ein «strenger Massstab» anzulegen.

Es kann in diesem Zusammenhang aber nicht nur von einem «berechtigten Wunsch» gesprochen werden. Jeder Unternehmer hat vielmehr ein schutzwürdiges Bedürfnis, auf den Ort hinzuweisen, wo er ansässig ist, als Voraussetzung dafür, dass er sich an einem marktwirtschaftlich organisierten Güteraustausch überhaupt beteiligen und damit seine Waren absetzen kann. Dieser Austausch, der die Versorgung des Publikums mit den lebensnotwendigen und den sonst gewünschten Gütern herbeiführt, wird dadurch erreicht, dass der einzelne Gewerbetreibende selbst für den Absatz seiner Produkte sorgt[216], indem er aus dem Publikum Abnehmer für seine Waren anwirbt. Dieses Anwerben setzt voraus, dass er die Aufmerksamkeit des Publikums durch irgendwelche Werbemittel auf sich lenken kann, um sich ihm als erreichbaren Warenanbieter vorzustellen und immer wieder zu bestäti-

[214] Vgl. BGE 36 II 71: «... wenn ihr auch die Verwendung derselben [scil. der Ortsangabe] mit Rücksicht auf ihre Beziehung zur Bahnstation Liesberg ... an sich gestattet wäre.» Dazu auch MATTER, S. 64, der den Mitgebrauch zur Angabe des Geschäftssitzes für zulässig hält.

[215] BAUMBACH-HEFERMEHL II S. 154 N 47 zu WZG 4.

[216] Vgl. BÖHLER S. 65 und 67.

gen. Als Warenanbieter ist er jedoch nur dann erreichbar, wenn er sich nicht nur persönlich durch seine Firma und hinsichtlich seiner geschäftlichen Tätigkeit, sondern auch geographisch durch den Hinweis darauf individualisieren kann, in welchem Ort er ansässig ist. Denn erst diese geographische Individualisierung zeigt dem Publikum auch, *wo* es ihn erreichen kann.

Da aber ein Ziel unserer Rechtsordnung darin besteht, die Marktwirtschaft als Wirtschaftssystem unseres Landes zu erhalten und zu fördern[217], ist davon auszugehen, dass auch die Voraussetzungen für den marktwirtschaftlich organisierten Güteraustausch gewährleistet werden. Infolgedessen sorgt die Rechtsordnung dafür, dass für jeden Warenanbieter jene Sachangaben freigehalten werden, die er zur umschriebenen Individualisierung benötigt.

II. Schutz nach innen

1. Freihalteforderungen im einzelnen

Freihalten der zur Individualisierung benötigten Sachangaben bedeutet zunächst einmal, diese Zeichen nach innen schützen, d. h. verhindern, dass ein Unternehmen bei deren Benutzung auf Kosten seiner Konkurrenten bevorzugt wird. Jeder Gewerbetreibende soll die Möglichkeit besitzen, werbemässig darauf hinzuweisen, wo er ansässig ist und welche geschäftliche Tätigkeit er verrichtet. Werbemässig bedeutet hier, dass diese Angaben in irgendeinem Werbemittel gemacht (also auch zur Kennzeichnung von Waren benutzt) werden dürfen, und zwar reklamehaft, d. h. hervorgehoben im Druck oder ähnlich, damit sie auffallen.

Die vorgehende Untersuchung hat jedoch gezeigt, dass diese Forderung nicht erfüllt wird: Ein werbemässiger Mitgebrauch «durchgesetzter» Sachangaben ist nach heutiger Rechtslage nicht möglich (vorne S. 70). Das sollte berichtigt werden, und zwar wenigstens insoweit, als ein Mitgebrauch zur Individualisierung des Warenanbieters unentbehrlich ist. Erlaubt muss somit in jedem Falle sein, alle drei Kennzeichnungselemente zusammen, nämlich das geographische und das auf die geschäftliche Tätigkeit hinweisende Element sowie den Firmennamen, werbemässig zu verwenden. Dabei sollen das geographische und das geschäftliche Element in gleicher Betonung wie der Firmenname benutzt werden dürfen, da alle drei Elemente für die Individualisierung in gleicher Weise benötigt werden und damit gleichwertig sind. Gleichwertig sein bedeutet aber auch, dass keines der Elemente mehr als die andern betont werden muss, dass insbesondere kein Grund besteht, das

[217] Vgl. SCHLUEP S. 66 f.

geographische von dem auf die Geschäftsart hinweisenden Element abzuheben oder umgekehrt. — Schliesslich sind alle drei Elemente oder Kennzeichnungsteile *folgerichtig* aneinanderzureihen. Das bedeutet für das geographische Kennzeichnungselement, dass es sich entweder dem persönlichen oder dem auf die Geschäftsart hinweisenden Element anschliesst.

Was gehört nun zum geographischen Kennzeichnungsteil im einzelnen? Er besteht grundsätzlich aus einem substantivisch benutzten Ortsnamen. Wenn es allgemein gebräuchlich ist, den betreffenden Ort durch einen weiteren oder bedeutenderen geographischen Bezirk zu lokalisieren (z. B. Langnau am Albis, Küssnacht am Rigi), gehört auch dessen Name dazu; der folgt dann dem Namen des engeren Bezirks (z. B. Oberwil-Zug).

2. Notwendiger Mitgebrauch und Publikumstäuschung

Es ist denkbar, dass der «notwendige» Mitgebrauch von Sachangaben (über Geschäftsart und Firmensitz) zu Verwechslungen mit den Waren jenes Unternehmens führt, welches eine solche Angabe monopolisieren konnte. Das aber sind Folgen, die man hinnehmen muss. Sie ergeben sich zwangsläufig daraus, dass Sachangaben monopolisiert wurden, die auch andere Unternehmer benutzen müssen. Mittel gegen solche Verwechslungen gibt es nicht, wenn man von jenen Mitteln absieht, die nicht wettbewerbsneutral sind, sondern den Monopolinhaber zu Lasten der später hinzukommenden Konkurrenten begünstigen. Solche Mittel anzuwenden kann aber diesen Konkurrenten nicht zugemutet werden. So wäre für sie z. B. unzumutbar, jeweils anschliessend an die mitbenutzte Sachangabe darauf hinweisen zu müssen, dass ihre Produkte nicht die Produkte des bekannten Monopolinhabers sind[218]. Dies würde bedeuten, dass sie ihre Erzeugnisse dem Publikum als die nicht richtigen, nicht echten vorstellen müsste[219]. Das käme einer Zurücksetzung ihrer Erzeugnisse gleich und wäre zudem noch eine Sonderwerbung für den Monopolinhaber. Abgesehen davon könnte eine derartige «Erläuterung» gerade das Gegenteil ihres Zweckes bewirken. Da sie einen Hinweis auf die Produkte des Monopolinhabers enthält, könnte sie, falls vom Publi-

[218] Eine solche Erläuterung verlangt BRETSCHER, S. 104.

[219] Vgl. die analoge Erläuterung, welche die Gebrüder Lindt gemäss Entscheid des bernischen Appellationshofes auf ihren Schokoladen anbringen mussten, um sie von den Konkurrenzprodukten der Lindt & Sprüngli AG zu unterscheiden. Sie lautete: «Diese Schokolade ist nicht die Original-Lindt-Schokolade» (zitiert bei VON BÜREN S. 149 N 119; TROLLER I S. 295 f., S. 296 Anm. 91).

kum nur oberflächlich zur Kenntnis genommen, gerade zur irrigen Annahme verleiten, es liege hier ein Erzeugnis des Monopolinhabers vor[220]. Auch das spricht gegen sie.

III. Schutz nach aussen

1. Grundsatz

Der Schutz des Freihaltebedürfnisses wäre lückenhaft, wenn die zur Individualisierung benötigten geographischen Namen nur nach innen und nicht auch nach aussen freigehalten würden. Freihalten nach aussen bedeutet: verhindern, dass ortsfremde Unternehmen den Ortsnamen als Warenkennzeichen monopolisieren. Das ist selbst dann geboten, wenn es im betreffenden Ort noch keinen Konkurrenten gibt oder wenn der Ort gewerblich oder industriell überhaupt noch nicht erschlossen, eine künftige Erschliessung jedoch nicht unmöglich ist[221]. Dadurch bleibt den sich später dort niederlassenden Unternehmen die Notwendigkeit erspart, den Namen ihres Orts auf dem Prozessweg freizukämpfen, um ihn werbemässig als Sitz- und als Herkunftsangabe benutzen zu können. Selbst der Umstand, dass sie diesen Prozess aller Wahrscheinlichkeit nach gewinnen würden, könnte an der Begründetheit dieses Schutzes nichts ändern. Es ist ihnen eben auch nicht zuzumuten, dass sie von einem ortsfremden Monopolinhaber mit vorsorglichen Massnahmen gemäss Art. 31 MSchG und Art. 9 UWG sowie mit einem zeitraubenden und viel Mühe kostenden Prozessverfahren überhaupt behelligt werden[222, 223].

[220] Vgl. demgegenüber die in Art. 19 MSchG geforderte Klarstellung. Art. 19 verpflichtet den Wettbewerber, der in einem «durch die Produktion oder Fabrikation gewisser Waren bekannten Ort» ansässig ist und anderswoher bezogene Produkte vertreibt, klarzustellen, dass die Erzeugnisse nicht aus dem bekannten Ort stammen. Das ist hier, ohne das Publikum zu täuschen, auf wettbewerbsneutrale Weise möglich, weil ein Hinweis auf die ortsbekannten Produkte nicht nötig ist. Die Angabe der wirklichen Herkunft der Produkte oder schlechterdings der Hinweis «Auswärtiges Produkt» reicht hierfür aus.

[221] Zur gewerblichen oder industriellen Erschliessung eines Gebiets siehe hinten S. 80 f.

[222] Ähnlich auch in der Nola-Entscheidung des deutschen Bundesgerichtshofes, Bl 1963 S. 163.

[223] Nach deutscher Praxis sind auch ausländische Namen, zumindest die Namen von Orten in Ländern der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, freizuhalten, vgl. Bl 1963 S. 163.

2. Sonderregel für die «geographischen Phantasiebezeichnungen»

Ein Freihaltebedürfnis ist auch bei den «Phantasiebezeichnungen» zu beachten. Es handelt sich hier um Namen solcher Gebiete, die wie Gebirge oder Gletscher aus topographischen, klimatischen und andern naturgegebenen Gründen als Standort von Produktionsstätten von vorneherein nicht in Frage kommen. Solche Namen werden sehr häufig zur Kennzeichnung von Produkten benutzt, die in benachbarten Bezirken hergestellt werden, beispielsweise der Name «Säntis» für im Kanton Appenzell fabrizierte Kücheneinrichtungen oder «Pilatus» für in Stans gefertigte Flugzeuge. Deshalb soll dieser Übung entsprechend die Regel gelten, dass diese Namen für Unternehmen der Nachbargebiete freigehalten werden.

3. Ausnahmen

Dieser Schutz nach aussen endet allerdings dort, wo der Ortsfremde ein ebenfalls schutzwürdiges Interesse an der Benutzung des Namens besitzt. Ein solches Interesse liegt dann vor, wenn der Fremde in einem gleichnamigen Ort ansässig ist; den Namen dieses Orts darf er selbstredend zur «notwendigen» geographischen Individualisierung verwenden. Ähnlich verhält es sich, wenn der Ortsfremde einen wie die Ortsbezeichnung lautenden Geschlechtsnamen besitzt, den er als Firma benutzt (z. B. den Namen Zürcher, Berner, Marbach, Weiler usw.). Auch in solchen Fällen muss ein werbemässiger Namensmitgebrauch hingenommen werden.

4. Freihaltebedürfnis und Schutz des Publikums vor Täuschungen

Sowohl der Grundsatz über den Namensschutz nach aussen (S. 77) als auch die Sonderregel für die «geographischen Phantasiebezeichnungen» (vgl. oben) schützen mittelbar das Publikum vor Täuschungen. Das gilt für den Grundsatz deshalb, weil er eine Benutzung des Namens in zwei verschiedenen Bedeutungen, einerseits als geographische Herkunftsangabe, anderseits als Phantasiezeichen ohne Beziehung zum betreffenden Ort, von vorneherein verhindert. Gleich verhält es sich mit der Sonderregel für die «geographischen Phantasiebezeichnungen». Da solche Bezeichnungen sehr oft von Unternehmen aus der Nachbarschaft der genannten «Phantasieregion» benutzt werden, können sie vom Publikum als Symbole für ein erweitertes — und eben diese Nachbarbezirke mitumfassendes — Gebiet betrachtet werden. Diese Zeichen bringen dann zwar nicht zum Ausdruck, dass die Produkte aus der genannten «Phantasieregion» stammen; sie weisen aber doch auf die Herkunft aus einem Gebiet hin, das von der «Phantasieregion» mitrepräsentiert wird. Bliebe nun der Namensgebrauch nicht auf dortige Unternehmen beschränkt, so ergäben sich Täuschungen des Publikums über die Herkunft der so bezeichneten Erzeugnisse.

5. Zur Judikatur

Das Bundesgericht nimmt zur Frage, ob Ortsnamen für ortsfremde Unternehmen markenfähig seien oder nicht, eine unterschiedliche Stellung ein. Zum Schutz des Publikums vor Täuschungen hält es sich in einer lückenlosen Praxis an den Grundsatz, dass Namen bekannter Orte für ortsfremde Unternehmen keinesfalls markenfähig sind[224]. Das hat gleichzeitig die erwünschte Folge, dass solche Namen für die dortigen Unternehmen freigehalten werden.

Wie hingegen aus BGE 81 I 299 hervorgeht, sollen «wenig bekannte» Namen grundsätzlich markenfähig sein. Dieser Grundsatz wird im gleichen Entscheid auf den genferischen Gemeindenamen «Bernex» angewandt; «Bernex» wird hier gar als Marke eines ausländischen Unternehmens geschützt. Vom Freihaltebedürfnis der Ortsbevölkerung ist indessen nicht die Rede. Ein Hinweis darauf läge aber nahe, da es im Entscheid heisst, es sei möglich, dass auch in Bernex früher oder später ein Konkurrenzbetrieb eröffnet werde[225]. Danach müsste das Freihaltebedürfnis anerkannt und geschützt werden. Denn diese Möglichkeit allein und nicht die Grösse, die Bekanntheit oder eine andere Eigenschaft des Orts entscheidet darüber, ob der Ortsname freizuhalten ist[226].

Auch im Hinblick auf den Schutz des Publikums vor Täuschungen kann die Bernex-Entscheidung nicht befriedigen. — Es wurde in dieser Arbeit dargelegt, dass Täuschungsgefahren entstehen, wenn der Ortsname zur «notwendigen» Individualisierung eines ortsansässigen Produzenten oder Kaufmanns und gleichzeitig als «Phantasiemarke» eines ortsfremden Unternehmens benutzt wird. Diese Gefährdung des Publikums wird im Entscheid nicht beachtet. Das Bundesgericht verneint eine Täuschungsgefahr mit der

[224] Vgl. zur Bezeichnung «Kremlin» BGE 56 I 469 ff.; zu «5th Avenue» BGE 72 I 238 ff.; zu «Schweizer Gruss» BGE 79 I 252 ff.; zu «Florida» BGE 89 I 298 ff.; zu «Berna» BGE 89 I 49 ff.; zu «Dorset» und «La Guardia» BGE 89 I 290 ff.; zu «Monte Bianco» BGE 91 I 50 ff.; zu «Trafalgar» BGE 93 I 570 ff.

[225] Vgl. demgegenüber BGE 79 II 101, wo das Bundesgericht den Namen des durch Bahn und Strasse erschlossenen bündnerischen Orts «Solis» als Marke eines in Zürich ansässigen Unternehmens schützte, ohne die Frage aufzuwerfen, ob dieser Ort auch gewerblich erschlossen werden kann.

[226] Auch TROLLER lehnt diese Regel des Bundesgerichts für «wenig bekannte» Namen ab (I S. 394): «Es ist daher besser, den geraden Weg zu gehen und derartige geographische Namen als Marken nicht anzuerkennen. Dies empfiehlt sich auch wegen der Rücksicht auf die Bewohner der Orte, deren Namen verwendet wird. Es ist ihnen nicht zuzumuten, dass sie den Namen ihres Dorfes, Weilers oder ihrer Stadt als Kennzeichen irgendwelcher Produkte hergeben müssen.»

nicht stichhaltigen Begründung, ein nach Bernex kommendes Unternehmen würde dann «wohl eher» auf den gut eingeführten Genfernamen und nicht auf den «wenig bekannten» Ortsnamen greifen [227].

All diese Gründe sprechen gegen die Fortsetzung der Praxis, «wenig bekannte» Ortsnamen als Marken ortsfremder Unternehmen anzuerkennen. Auch an solchen Namen sollte ein allfälliges Freihaltebedürfnis geschützt werden.

IV. Wann liegt ein Freihaltebedürfnis vor?

Der Nola-Entscheid des deutschen Bundesgerichtshofes gibt Richtlinien zur Beantwortung der Frage, wann ein Freihaltebedürfnis zu berücksichtigen ist [228]. Nach diesem Entscheid ist ein Freihaltebedürfnis — auch an unbekannten Ortsnamen — immer dann gegeben, wenn der Name «unter Berücksichtigung einer möglichen künftigen Enwicklung» (der wirtschaftlichen Verhältnisse) als Herkunfts- und Bestimmungsangabe ernstlich in Betracht kommt und als solche von den beteiligten Verkehrskreisen zum freien Gebrauch benötigt werden kann [229]. Eine wirtschaftliche Entwicklung wird auch dann noch für möglich gehalten, wenn sie «nicht völlig fernliegt» [230].

Hinweise darauf, dass eine wirtschaftliche Erschliessung eines gewerblich oder industriell nicht oder nur wenig entwickelten Bezirks «nicht völlig fernliegt», können sich aus seiner Nachbarschaft zu einem bereits entwickelten Gebiet ergeben [231]. Eine Erschliessung kann auch deswegen möglich scheinen, weil der Bezirk schon ein ausgebautes Verkehrsnetz besitzt oder weil er bereits an Energie- und Rohstoffquellen (z. B. bezüglich Elektrizität, Erdgas und Erdöl) angeschlossen ist. Das sind aber nur mittelbare Hinweise; direkte Hinweise liefern in erster Linie die gemeindlichen und kantonalen Zonenordnungen und Erschliessungspläne sowie die Erkenntnisse des Instituts der ETH für Orts-, Regional- und Landesplanung. — Bei voralpinen Gebieten kommt ein weiterer Gesichtspunkt hinzu: Hier ist zu beachten, dass eine Erschliessung vielfach aus sozialen, staatspolitischen und anderen im öffentlichen Interesse liegenden Gründen erwünscht ist [232]. Infolgedessen muss man

[227] Kritisch zu diesem Argument auch TROLLER I S. 393 f.

[228] Vgl. die Nola-Entscheidung des deutschen Bundesgerichtshofes, Bl 1963 S. 162 ff.; zur deutschen Doktrin vgl. HAMMANN, GRUR 1961 S. 7 ff., insbesondere S. 9 (VI., VII.).

[229] Bl 1963 S. 163.

[230] a. a. O. S. 164.

[231] Zu diesem Gesichtspunkt vgl. den Nola-Entscheid, a. a. O. S. 163.

[232] Zum Erschliessungsproblem im allgemeinen vgl. KARL ULMI, Probleme regionaler Industrialisierungspolitik in der Schweiz, Diss. St. Gallen, Winterthur 1962.

dann auch solchen Regionen eine Erschliessungschance zubilligen, selbst wenn damit zu rechnen ist, dass sie erst in einer ferneren Zukunft wahrgenommen wird; die Namen sind also auch hier freizuhalten[233].

§ 9. DAS IDEELLE INTERESSE DER ORTSBEVÖLKERUNG AM ORTSNAMEN

I. Interessegehalt

In der vorliegenden Untersuchung ist die Antwort auf die Frage, ob und wie ein Ortsname zur gewerblichen Kennzeichnung von Waren benutzt werden dürfe, bislang allein von den Interessen der Unternehmer als Zeichenbenutzer und vom Interesse des Publikums als Zeichenadressat hergeleitet worden. Es darf aber nicht übersehen werden, dass der Name als solcher, d. h. unabhängig von seiner Funktion als Warenkennzeichen, Gegenstand eines schutzwürdigen Interesses ist, das auch dann berücksichtigt werden muss, wenn er als Warenkennzeichen benutzt wird. Interessesubjekt ist hier die Bevölkerung des genannten Orts, die im Ortsnamen einen ideellen Wert erblickt. Dieser Wert ist nach geltendem Recht schutzwürdig. Das ergibt sich aus dem Firmenrecht, wo er wenigstens teilweise, man darf sagen, in seiner «sonntäglichen» Erscheinung anerkannt wird. Gestützt auf Art. 944 Abs. 2 OR wird in Art. 45 und 46 HRegV die Benutzung nationaler, territorialer und regionaler Namen zur Bildung der Firma gewissen Beschränkungen unterworfen. Das soll, wie es in der Lehre heisst, auch dazu dienen, das nationale Empfinden des gut gesinnten (patriotischen) Schweizerbürgers zu schonen und zu achten[234]. — Auch im Wappenschutzgesetz (WSG) geht es unter anderem um den Schutz dieses Werts. Das ist dem Gebrauchsverbot für bestimmte Bildzeichen geographischer Bezirke zu entnehmen, welches dort gilt, wo das Zeichen «missachtet» werden kann (vgl. Art. 3 und 5 des Gesetzes).

Es fragt sich nun, wie dieser Wert charakterisiert werden muss. Ein Anhaltspunkt zur Beantwortung der Frage ergibt sich aus BGE 72 II 145 ff. In diesem Entscheid wird überprüft, ob die Benutzung des Gemeindenamens Surava als Geschlechtsname eines ortsfremden Schriftstellers ein schutzwürdiges Interesse der betreffenden Gemeinde verletze oder nicht. Dabei geht das Bundesgericht davon aus, dass auch eine juristische Person des öffentlichen Rechts, beispielsweise eine öffentlich-rechtliche Körperschaft

[233] Vgl. den Bericht über den Erschliessungsplan der Kommission für Industrie und Gewerbe des Kantons Wallis für das alpine Goms, NZZ vom 18. 1. 1966 Nr. 221 Blatt 3. Danach soll das Gebiet um Fiesch-Ernen und Münster-Geschinen als Industriegebiet gefördert werden.

[234] HIS S. 262 N 118 zu OR 944.

wie eine Gemeinde, den Namensschutz des ZGB beanspruchen kann. Deshalb kann sich auch die bündnerische Gemeinde Surava auf Art. 29 Abs. 2 ZGB berufen. Zur Frage, unter welchen Voraussetzungen dies möglich sei, erklärt das Bundesgericht, der Namensschutz hänge nicht von einer Verwechslungsgefahr ab. Das Gesetz spreche lediglich von der Verletzung oder Beeinträchtigung des Rechts auf den Namen, ohne zu präzisieren, worin diese bestehen könne. Es rechtfertige sich, diesen Begriff «eher weit zu interpretieren» und anzuerkennen, dass die Aneignung eines Namens durch Dritte auch dann die Interessen des bisherigen Trägers verletzen könne, wenn sie geeignet sei, zufolge einer blossen Gedankenassoziation in der Meinung des Publikums eine in Wirklichkeit nicht bestehende Beziehung zwischen diesem und jenem herzustellen.

Der Inhalt des Interesses, das hier durch eine weite Interpretation des Begriffs «Beeinträchtigung» geschützt werden soll, wird im Entscheid durch folgende Erwägung verdeutlicht[235].

> «Der Namensschutzanspruch der Klägerin hängt auch nicht davon ab, ob die literarische oder politische Betätigung des Beklagten dazu angetan war, die erwähnte Vorstellungsassoziation, die den Autor Surava mit der Gemeinde gleichen Namens in Beziehung bringt, den Gemeindeangehörigen besonders unerwünscht zu machen. Selbst wenn er gänzlich unbekannt wäre, hätte die Gemeinde *ein Interesse gehabt, den Fremden nicht gegen ihren Willen sich indirekt als einen der ihren zugezählt zu sehen*» (Hervorhebung vom Verfasser).

Darf sich der Ortsfremde nicht zu den Gemeinde- oder Ortsangehörigen zählen, so wird damit das Gefühl geschützt, orts- oder gemeindeangehörig zu sein. Schutzgut ist danach die Verbundenheit des Ortsangehörigen zum Ort als Mittelpunkt seiner Lebensbeziehungen. Diese Verbundenheit umfasst das Fühlen und Denken, das der Angehörige dem Ort als seinem Lebensraum in der Bedeutung von «Heimat» widmet und das ihn mit den andern Ortsgenossen zu einem «Wir-Ortsangehörige» zusammenschliesst[236]. Diese Ortsverbundenheit besitzt einen ideellen Wert und ist deshalb unabhängig davon schutzwürdig, ob der betreffende Ort oder die Zahl der Ortsansässigen gross oder klein ist[237]. Ihre Schutzwürdigkeit hängt auch nicht davon ab, ob der Ort gleichzeitig eine öffentlich-rechtliche Körperschaft ist

[235] BGE 72 II 151.

[236] Zum «Wir-Gefühl» in Gruppen vgl. KÖNIG S. 105 f.

[237] Vgl. BGE 72 II 150 f.: « . . . der Regierungsrat äusserte sich dahin, er hätte die Namensänderung nicht bewilligt, wenn ihm präsent gewesen wäre, dass es eine Gemeinde Surava gibt. Die Vorinstanz scheint im Grunde prinzipiell gleicher Ansicht zu sein, will aber den Schutz von Gemeindenamen auf solche beschränken, die ein besonders hohes Ansehen geniessen. Diese Unterscheidung darf jedoch nicht massgebend sein.»

und damit auch als juristische Person erfasst werden kann. Das Bundesgericht setzt sich in BGE 72 II 147 ff. nur deshalb mit dieser Frage auseinander, weil der hier beanspruchte Schutz des Verbundenheitsgefühls, nämlich der auf dem Klageweg durchsetzbare Namensschutz des ZGB, eine Person als Kläger voraussetzt. So darf zusammenfassend gesagt werden, das Verbundenheitsgefühl zu einem Weiler, zu einem Dorf usw. sei ebenso schutzwürdig wie das zu einer Stadt; dasjenige zu einer Flur ebenso schutzwürdig wie das zu einer Berggegend, die von der Berg- oder benachbarten Talbevölkerung als ihr Lebensraum betrachtet wird[238]. — Ob es sich als Objekt des hier untersuchten ideellen Interesses dann auch immer gegen andere gewichtige Interessen durchsetzen kann, ist eine andere Frage (hinten S. 85 f.).

II. Interesseverletzung

1. Verletzung durch Ortsfremde

Das Verbundenheitsgefühl der Ortsbevölkerung wird verletzt, wenn sie sieht, dass sich der Ortsfremde ihr zuzählt, indem er den Ortsnamen derweise benutzt, dass sie es als «Tun-als-ob-er-Ortsangehöriger-sei» auffassen muss. Ein solches «Tun-als-ob» verletzt das Verbundenheitsgefühl aber nicht nur, wenn ein Ortsfremder die Ortsbezeichnung als Geschlechtsnamen verwendet. Es verletzt auch dann, wenn ein ortsfremder Gewerbetreibender den Ortsnamen markenmässig benutzt. Schon der Umstand ist hier verletzend, dass die geographische Aussage des Namens, nämlich sein Ortshinweis, von Gesetzes wegen als Hinweis auf den Markeninhaber verstanden werden muss (Art. 1 Ziff. 2 MSchG)[239]. Dadurch wird der genannte Ort und der ortsfremde Markeninhaber in eine Beziehung gebracht, die nur bei den Ortsansässigen selbst vorliegt. Hinzu kommt, dass der Ortsfremde, wenn er den Namen als *sein* Warenkennzeichen benutzt, nicht irgendeine, sondern eine *enge* Beziehung zum Ort vorspiegelt. Das empfinden die Ortsangehörigen als besonders schwere Verletzung ihres Verbundenheitsgefühls.

Die hier mögliche Interesseverletzung erschöpft sich aber nicht im umschriebenen «Tun-als-ob»-Eingriff. Um sie vollständig zu erfassen, muss man von der Grundfunktion des Namens ausgehen. Der Name ist als Wortkennzeichen eines geographischen Bezirks das grundlegende Mittel, das den Be-

[238] Dies gilt auch für Orte mit häufig vorkommenden Namen, wie Oberwil, Niederwil, Steinhausen, Zell usw.; nur wird hier nicht die Verbundenheit einer Ortsbevölkerung, sondern mehrerer Ortsbevölkerungen geschützt. — Bei mehrsinnigen Bezeichnungen, wie «Mönch», «Jungfrau» usw., kommt dieser Schutz nur dann in Frage, wenn die geographische Bedeutung im Vordergrund steht.

[239] Zum Herkunftshinweis der Marke vgl. SCHLUEP S. 340.

zirk als Begriff erfassen lässt. Er ist deswegen für die Ortsbevölkerung auch Symbol für die Verbundenheit zu ihrem Ort und besitzt für sie in dieser Eigenschaft einen ideellen Wert. Der Wert wird, wie vorne gezeigt wurde, in unserer Rechtsordnung anerkannt. Sein Schutz entspricht dem Schutz einer eigentumsähnlichen Beziehung, welche die Ortsbevölkerung zum Namen ihres Orts besitzt[240]. Wenn nun ein Ortsfremder den Ortsnamen markenmässig benutzt, greift er in diese Beziehung ein. Denn durch die Exklusivbeziehung zum Namen, die ihm das Markenrecht sichert, beansprucht er eine Exklusivität, die nur den Ortsangehörigen allein zusteht. Das empfinden sie als Ärgernis. Da aber Zeichen, die in der Öffentlichkeit Ärgernis erregen, markenunfähig sind, dürfen derweise benutzte Ortsnamen nicht als Marken anerkannt werden[241].

Ähnlich verhält es sich, wenn der Ortsfremde den Namen zur engeren Kennzeichnung seiner Produkte benutzt, d. h. wenn er den Namen werbemässig zur Benennung von Typen oder Modellen einer Ware gebraucht. Das kommt unter anderem immer wieder bei Radios, Fernsehgeräten und Automobilen vor (Ford Capri, Ford Torino, Opel Ascona usw.). Dieser Namensgebrauch ist für die Ortsbevölkerung deshalb ein Ärgernis, weil der Ortsfremde auch hier den Namen als Kennzeichen seiner Produkte verwendet, ihn damit als *sein* Kennzeichen benutzt und dadurch die eigentumsähnliche Beziehung missachtet, welche die Ortsbevölkerung zum Namen besitzt. Ein umfassender Schutz dieser Beziehung setzt deshalb voraus, dass auch eine solche Namensbenutzung unterbunden wird[242]. Das sollte nicht nur im Inland als Regel gelten; man sollte auch im Ausland zu erreichen suchen, dass schweizerische Ortsnamen nicht mehr als Phantasiemarken oder phantasiemässig als Typen- oder Modellbezeichnungen benutzt werden, wie es gegenwärtig z. B. mit dem Namen «St. Moritz», der in den USA als Zigaretten-

[240] Vgl. auch BRETSCHER, S. 34, der einschränkend, aber immerhin doch feststellt: «Auch stimmt es nur zu einem gewissen Grade, wenn der Ortsname als gemeinschaftliches Eigentum aller örtlichen Produzenten oder Bewohner bezeichnet wird.»

[241] Zu den ärgerniserregenden Zeichen vgl. MATTER S. 75: «Ungültig sind alle Zeichen, die durch ihren Inhalt Ärgernis erregen ... Abzulehnen sind alle Marken, die ... das religiöse und nationale Gefühl verletzen, ... öffentliche Einrichtungen ... lächerlich machen oder in der allgemeinen Achtung herabzusetzen suchen ...»

[242] Dies ist in vielen Fällen auch zum Schutz des Publikums vor Täuschungen geboten. Solche Bezeichnungen können das Publikum dazu verleiten, den genannten Ort mit dem gekennzeichneten Produkt fälschlicherweise in Beziehung zu bringen, beispielsweise anzunehmen, die Karosserie des Ford Capri oder des Ford Torino sei in Italien entwickelt oder hergestellt worden oder im Opel Ascona seien hochwertige Bestandteile schweizerischer Herkunft eingebaut usw.

marke gebraucht wird, oder mit dem Namen «Ascona» geschieht, den die Firma Opel in Rüsselsheim als Modellbezeichnung für eines ihrer Automobile verwendet.

Hinzuweisen ist noch darauf, dass sich an der Begründetheit dieses Schutzes selbstverständlich nichts ändert, wenn die Behörden des einen oder andern Orts einen solchen Fremdgebrauch gutheissen, weil sie sich davon profitbringende Auswirkungen auf ihren Ort oder auf ihre Region erhoffen, z. B. einen verstärkten Fremdenverkehr oder ähnliches. Solche Interessen fallen gegen den Schutz des Verbundenheitsgefühls der Ortsbevölkerung, der eben auch diesen Namensschutz umfasst, überhaupt nicht ins Gewicht, weil er für die Integration der Ortsbevölkerung notwendig ist.

2. Verletzung durch Ortsangehörige

Ein umfassender Schutz der Ortsverbundenheit bedingt auch einen «inneren» Namensschutz, nämlich einen Schutz des Namens davor, dass er von Ortsangehörigen selbst missbraucht wird. Es stellt sich nun die Frage, worin hier ein Namensmissbrauch besteht. Die Antwort findet sich dann, wenn man von der idealen Ortsverbundenheit ausgeht.

Die ideale Ortsverbundenheit zeichnet sich dadurch aus, dass sich die Ortsangehörigen ihrem Ort *gemeinsam* verbunden fühlen. Der einzelne betrachtet sich als Angehöriger einer «Wir-Gruppe» der sich so verbunden fühlenden Einwohner. Dem bindenden «Wir-Gefühl» liegt die Gleichwertigkeit zugrunde[243]; sie stellt ein bestimmendes Element dieses Verbundenseins dar. Sonach ist das Verbundenheitsgefühl auch durch Verstoss gegen die Gleichwertigkeit der Ortsangehörigen verletzbar. — Ein solcher Verstoss liegt insbesondere dann vor, wenn einzelne Ortsgenossen den Namen — Symbol einer gleichwertigen Ortsverbundenheit — auf Kosten anderer Ortsgenossen bevorzugt benutzen dürfen. Verletzt wird das Verbundenheitsgefühl somit auch dann, wenn ein einzelner Ortsgenosse den Namen markenmässig oder markenartig verwenden darf, wogegen — zum Schutz des so Bevorzugten — andere Ortsgenossen den Namen nur beschränkt benutzen dürfen. Es wurde jedoch vorne gezeigt, dass gerade diese Bevorzugung einzelner Ortsangehöriger in der Judikatur schon seit langem gebräuchlich ist und dass sich daraus ein als bewährt angesehener Grundsatz des Markenrechts entwickelt hat. Dieser Grundsatz müsste nun aufgegeben werden, wenn man eine gleichwertige Gebrauchsmöglichkeit anerkennen wollte. Das

[243] Zum Begriff «Gruppe» vgl. KÖNIG S. 104 ff. (106): «Die Eigengruppe ist zusammengehalten durch «Wir-Gefühle»; die Fremdgruppe sind die «Anderen». Das ist gleichzeitig die strukturelle Voraussetzung aller Formen des «Ethnozentrismus», der die Tendenz schafft, alle Gruppengenossen als gleich-, die anderen jedoch als minderwertig anzusehen . . .»

aber kommt schon deshalb kaum in Frage, weil sonst eine Gefährdung der Rechtssicherheit zu befürchten ist. Es gibt jedoch keine Rechtssicherheitsbedenken dagegen, den nach geltender Praxis zu sehr beschränkten Namensmitgebrauch wenigstens etwas zu lockern, beispielsweise auf das «notwendige» Mass hin, wie es vorne umschrieben wurde (S. 74—76). Schon das wäre für den Schutz der Ortsverbundenheit ein Gewinn.

Anzumerken ist noch, dass das Verbundenheitsgefühl der Ortsbevölkerung auch dann missachtet wird, wenn mit dem Ortsnamen minderwertige oder solche Produkte gekennzeichnet werden, die unsittlichen oder verpönten Zwecken dienen. Es ist also auch davor zu schützen.